

RESEARCH OUTPUTS / RÉSULTATS DE RECHERCHE

La loi du 12 novembre 1997 et la publicité de l'administration dans les communes

Delvaux, Marie-Amelie

Published in:

Revue de droit communal

Publication date:

1999

Document Version

le PDF de l'éditeur

[Link to publication](#)

Citation for pulished version (HARVARD):

Delvaux, M-A 1999, 'La loi du 12 novembre 1997 et la publicité de l'administration dans les communes', *Revue de droit communal*, Numéro 1-2, p. 2-62.

General rights

Copyright and moral rights for the publications made accessible in the public portal are retained by the authors and/or other copyright owners and it is a condition of accessing publications that users recognise and abide by the legal requirements associated with these rights.

- Users may download and print one copy of any publication from the public portal for the purpose of private study or research.
- You may not further distribute the material or use it for any profit-making activity or commercial gain
- You may freely distribute the URL identifying the publication in the public portal ?

Take down policy

If you believe that this document breaches copyright please contact us providing details, and we will remove access to the work immediately and investigate your claim.

La loi du 12 novembre 1997 et la publicité de l'administration dans les communes

Marie-Amélie Delvaux

Avocate au Barreau de Namur

Assistante à la Faculté de Droit des FUNDP

Plan

Introduction	5
La loi du 12 novembre 1997 et la publicité de l'administration dans les communes	11
Chapitre 1 ^{er} . La publicité passive	11
Introduction	11
Section 1 ^{re} . Champ d'application des dispositions relatives à la publicité passive	12
§ 1 ^{er} . Champ d'application <i>ratione personae</i>	12
A. Les autorités soumises à l'obligation de communiquer, à la demande, des documents administratifs	12
B. Les titulaires du droit d'accès aux documents administratifs	16
§ 2. Champ d'application <i>ratione materiae</i>	20
A. Les éléments constitutifs de la définition du document administratif	21
B. Les nuances nécessaires à la compréhension de la notion de document administratif	24
Section 2. Le principe de la publicité passive	28
Section 3. La procédure d'accès aux documents	29
§ 1 ^{er} . Une demande écrite	29
§ 2. Une demande adressée à l'autorité compétente	30
§ 3. Les délais	31
A. Le délai au cours duquel la demande doit être introduite	31
B. Le délai au cours duquel l'autorité doit donner réponse à la demande d'accès	31
§ 4. La rétribution éventuelle	33

§ 5. La composante du corps communal compétente pour statuer sur les demandes d'accès	33
Section 4. Les limites de la publicité passive	34
§ 1 ^{er} . Les exceptions facultatives	35
A. Le document inachevé ou incomplet susceptible de créer un malentendu	35
B. L'avis ou l'opinion communiquée librement et à titre confidentiel par un administré	36
C. La demande manifestement abusive	36
D. La demande formulée de façon manifestement trop vague (les autorités requises pouvant cependant inviter le demandeur à préciser sa demande)	37
§ 2. Les exceptions obligatoires	37
A. La technique légistique du renvoi explicite à d'autres normes et «l'effet transversal»	37
B. La liste des intérêts protégés	38
C. Commentaire	41
Section 5. Le droit de rectification	42
Section 6. Les recours ouverts à l'administré insatisfait	44
Chapitre 2. La publicité active	44
Introduction	44
Section 1 ^{re} . Le champ d'application des dispositions relatives à la publicité active	45
Section 2. Le principe	45
Section 3. Les modalités d'application	46
§ 1 ^{er} . Les quatre formes contraignantes envisagées par la loi ..	46
A. Conception et réalisation d'une information officielle ..	46
B. Document descriptif des compétences et de l'organisation	47
C. Identification du fonctionnaire ou de l'agent compétent pour fournir des informations sur le dossier	48
D. Indications relatives aux recours	48
§ 2. Les autres initiatives des autorités	49
§ 3. Les rétributions	50
Chapitre 3. Problématiques diverses liées à l'application de la loi ..	51
Section 1 ^{re} . L'utilisation des documents obtenus	51
Section 2. La compatibilité avec les dispositions légales relatives aux archives	52
§ 1 ^{er} . Vers une définition légale de la notion d'archive?	53
§ 2. Bref relevé de la législation applicable en matière d'archives communales	53
§ 3. Le régime archivistique des communes	54

§ 4. La législation relative aux archives face à la publicité passive	55
Section 3. La valeur probante des copies de documents administratifs transmises aux administrés et la responsabilité des autorités administratives dans l'hypothèse de l'inexactitude des mentions ou d'une quelconque infraction à la loi	58
§ 1 ^{er} . La valeur probante des copies transmises aux administrés	58
§ 2. La responsabilité des autorités administratives et de leurs agents	59
§ 3. Les sanctions éventuelles à charge de l'autorité ou de l'agent qui n'applique pas ou pas correctement la loi du 12 novembre 1997	60
Conclusion	60

Introduction

Le 18 juin 1993¹ a été adoptée par les Chambres constituantes la modification à la Constitution insérant un article 24^{ter} (actuellement article 32) rédigé comme suit: «Chacun a le droit de consulter ou de se faire remettre copie de chaque document administratif sauf dans les cas et conditions fixés par la loi, le décret ou la règle visée à l'article 26bis»².

Tout citoyen³ se voit reconnaître par notre Charte fondamentale le droit d'accéder aux documents administratifs, que ce soit par simple consultation sur place ou par l'obtention d'une copie.

La loi, le décret et l'ordonnance sont néanmoins habilités à fixer des *exceptions* à ce principe, ainsi qu'à définir les *modalités* concrètes d'exercice de ce droit d'accès⁴.

Ce principe, certes laconique et énoncé brièvement, comme toutes autres dispositions constitutionnelles reconnaissant des droits fondamentaux, semble empreint d'une clarté indubitable. Loin s'en faut pourtant. L'abondance des discussions intervenues lors des travaux préparatoires⁵ ne fait que confirmer ce dont nous nous doutions déjà: rares sont les principes à la fois simples à expliquer et aisés à mettre en œuvre.

Le droit d'accès aux documents administratifs, énoncé en termes larges, a reçu une concrétisation, comme prévu par l'article 32 de la Constitution, tant au niveau fédéral qu'au niveau des entités fédérées. Ainsi, une loi, des décrets et des ordonnances affinent la règle tout en établissant des *exceptions* au droit d'accès et en aménageant des *modalités pratiques* d'exercice⁶.

1. *M.B.*, 29 juin 1993, p. 15 584.

2. Aujourd'hui numéroté article 134.

3. Les étrangers qui se trouvent sur le territoire de la Belgique jouissant, selon l'article 191 de la Constitution, d'une protection égale à celle des Belges bénéficieront également de ce droit. Ne tirons donc aucun argument de l'intitulé quelque peu restrictif du titre II de la Constitution – «Des Belges et de leurs droits» – pour refuser à l'étranger le bénéfice de cet article 32 (F. DELPÉRE, *Droit constitutionnel*, t. I, *Les données constitutionnelles*, Bruxelles, Larcier, 1987, p. 144).

Les autres bénéficiaires du droit d'accès seront énumérés *in extenso infra*.

4. C'est dans ce sens qu'il faut entendre les termes «(...) sauf dans les cas et conditions fixés par la loi, le décret ou la règle visée à l'article 26bis» (nous soulignons).

5. *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. ord. 1992-1993, n° 839/1 à 839/5; *Doc. parl.*, Sén., sess. extr. 1992-1993, n° 100-49/1 et 100-49/2.

6. Loi du 11 avril 1994 relative à la publicité de l'administration, *M.B.*, 30 juin 1994, p. 17 662; décret du Conseil de la Communauté française du 22 décembre 1994 relatif à la publicité de l'administration, *M.B.*, 31 décembre 1994, p. 32 744, *err. M.B.*, 21 mars 1995, p. 6319; décret de la Région wallonne du 30 mars 1995 relatif à la publicité de l'administration, *M.B.*, 28 juin 1995, p. 18 372; ordonnance de la Région de Bruxelles-Capitale du 30 mars 1995 relative à la publicité de l'administration, *M.B.*, 23 juin 1995, p. 18 049; décret de la Communauté germanophone du 16 octobre 1995 relatif à la publicité des documents administratifs, *M.B.*, 29 décembre 1995, p. 34 991; décret de la Commission communautaire française de la Région de Bruxelles-Capitale du 11 juillet 1996 relatif à la publicité de l'administration, *M.B.*, 27 août 1996, p. 22 702; ordonnance

→

Qu'en est-il de l'entrée en vigueur de ce droit fondamental? Fallait-il attendre que les différents législateurs soient intervenus pour que le droit d'accès puisse être invoqué par le citoyen? Cette question a été débattue, tant à la Chambre qu'au Sénat⁷, pour aboutir à une réponse négative: le droit d'accès aux documents administratifs est un droit que chaque citoyen tire *directement* de la Constitution: l'article 32 est dit *self executing*, ce qui signifie qu'à partir de la date de son entrée en vigueur, soit le 1^{er} janvier 1995⁸, le prescrit constitutionnel a eu un *effet direct*.

Mais que s'est-il passé lorsque le législateur compétent n'a pas pris les initiatives nécessaires avant la date du 1^{er} janvier 1995⁹? Cette question a concerné au premier plan les autorités locales, puisqu'on le verra, la loi fédérale adoptée le 11 avril 1994 ne les englobe pas dans son champ d'application *ratione personae*¹⁰. On aurait pu conclure que les autorités locales étaient tenues, avant l'entrée en vigueur de la loi du 12 novembre 1997 qui fait l'objet de la présente étude¹¹, de communiquer tout type de document administratif,

→ de la Commission communautaire commune de la Région de Bruxelles-Capitale du 26 juin 1997 relative à la publicité de l'administration, *M.B.*, 20 septembre 1997, p. 24 510.

Précurseur en matière d'accès aux documents administratifs, le législateur flamand a adopté dès 1991, et donc avant l'édiction du prescrit constitutionnel, un décret relatif à la publicité de l'administration (décret du Conseil flamand du 23 octobre 1991 relatif à la publicité des documents administratifs dans les services et établissements de l'Exécutif flamand, *M.B.*, 27 novembre 1991, p. 25 564, modifié par le décret du 13 juin 1996, *M.B.*, 19 juin 1996, p. 16 876). Dans un même texte sont réglementés deux instruments essentiels à la transparence administrative: la publicité des documents et la motivation des décisions administratives. Le volet relatif à la publicité des documents comporte, dans les grandes lignes, une réglementation assez semblable aux normes adoptées ultérieurement aux divers autres niveaux de pouvoir.

7. *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. ord. 1992-1993, n° 839/4, pp. 3 et 9; *Doc. parl.*, Sén., sess. extr. 1992-1993, n° 100-49/2, pp. 3-4 et 9.

8. Disposition transitoire de l'article 32 de la Constitution.

9. Les Régions wallonne et bruxelloise, notamment, ont tardé à adopter leur décret respectif, tous deux datant du 30 mai 1995.

L'article 23 de l'ordonnance du 30 mars 1995 relative à la publicité de l'administration permet cependant à la Région de Bruxelles-Capitale de s'adapter, à tout le moins formellement, aux exigences d'entrée en vigueur du prescrit constitutionnel, puisqu'il dispose que l'ordonnance produit ses effets le 1^{er} janvier 1995 (et donc rétroactivement). Ceci n'empêche que des demandes d'accès aient pu être formulées avant sa publication au *Moniteur belge*.

Pareil article ne se retrouvant pas dans le décret de la Région wallonne, on déduit de l'application de l'article 4 de la loi du 31 mai 1961 relative à l'emploi des langues en matière législative, à la présentation et à la publication et à l'entrée en vigueur des textes légaux et réglementaires (*M.B.*, 21 juin 1961, p. 5171) qu'il entre en vigueur le dixième jour qui suit sa publication au *Moniteur belge*.

La Communauté germanophone a également tardé à mettre en œuvre le nouveau droit fondamental reconnu aux citoyens. Datant du 16 octobre 1995, le décret germanophone est entré en vigueur le jour de son adoption.

10. Cette affirmation sera nuancée ci-après.

11. Loi du 12 novembre 1997 relative à la publicité de l'administration dans les provinces et les communes, *M.B.*, 19 décembre 1997, p. 34 253, modifiée par la loi du 25 juin 1998 modifiant la loi du 11 avril 1994 relative à la publicité de l'administration et la loi du 12 novembre 1997

→

sans pouvoir opposer d'*exception*, nul texte n'ayant été adopté les définissant. Cependant, la loi du 11 avril 1994 comme les décrets régionaux et communautaires relatifs à la publicité de l'administration, adoptés bien avant l'entrée en vigueur de la loi du 12 novembre 1997, établissent une série d'exceptions à l'accès aux documents dans des matières relevant respectivement des compétences de l'Etat fédéral, des Communautés, des Régions; ces exceptions doivent être appliquées par toute autorité, les communes y comprises, en vertu de ces diverses normes¹². Avant l'entrée en vigueur de la loi du 12 novembre 1997, l'accès aux documents administratifs des communes n'était donc pas entièrement ouvert et illimité, comme on a pu le croire.

En ce qui concerne les *conditions pratiques* de l'accès aux documents administratifs, chaque autorité locale aurait pu fixer les modalités de consultation de ses documents et le Conseil d'Etat aurait pu être amené à déterminer si le règlement d'une autorité en cette matière était conforme au prescrit constitutionnel. La pratique est bien éloignée de telles considérations: peu de citoyens étant informés du nouveau droit qui leur est reconnu depuis le 1^{er} janvier 1995, rares sont ceux qui ont formulé une demande et aucun contentieux ne s'est formé à ce sujet au niveau local à la connaissance de l'auteur.

Il est essentiel, avant d'examiner le champ d'application et le contenu normatif de la loi du 12 novembre 1997, d'effectuer un bref détour par la loi du 11 avril 1994 relative à la publicité de l'administration, loi élaborée en même temps que le texte constitutionnel de l'article 32, et de se poser une question fondamentale: pourquoi cette loi fédérale n'a-t-elle pas été rendue applicable à la publicité au sein des communes et provinces? La pertinence de

→ relative à la publicité de l'administration dans les provinces et communes, *M.B.*, 4 septembre 1998, p. 28 549. Cette loi est entrée en vigueur le 29 décembre 1997.

12. Le décret du Conseil flamand du 23 octobre 1991 et le décret de la Communauté française du 22 décembre 1994 sont les seules normes qui ne stipulent pas expressément que les exceptions au droit d'accès qu'elles établissent doivent être appliquées par les autorités autres que communautaires/régionales. Ceci aurait pu théoriquement causer des difficultés pour les communes du nord du pays, qui pouvaient exclusivement se fonder sur les exceptions définies par la loi fédérale du 11 avril 1994 pour refuser l'accès à un document. En pratique, et au vu du contenu assez complet des exceptions établies par la loi fédérale, la difficulté n'existait pas réellement. Cette problématique des exceptions édictées par divers législateurs au niveau fédéral et au niveau des entités fédérées et applicables aux communes est envisagée plus précisément *infra*, chapitre 1^{er}, section 4. On cite déjà les références normatives:
 - loi du 11 avril 1994, article 1^{er}, alinéa 1^{er}, b);
 - décret de la Région wallonne du 30 mars 1995 relatif à la publicité de l'administration, article 1^{er}, alinéa 1^{er}, 2^o;
 - ordonnance de la Région de Bruxelles-Capitale du 30 mars 1995 relative à la publicité de l'administration, article 2, 2^o;
 - décret de la Communauté germanophone du 16 octobre 1995 relatif à la publicité des documents administratifs, article 1^{er}, alinéa 1^{er}, b);
 - décret de la Commission communautaire française de la Région de Bruxelles-Capitale du 11 juillet 1996 relatif à la publicité de l'administration, article 2;
 - ordonnance de la Commission communautaire commune de la Région de Bruxelles-Capitale du 26 juin 1997 relative à la publicité de l'administration, article 2, alinéa 2

cette question résulte du fait que la loi du 12 novembre 1997 relative à la publicité au niveau des autorités locales apparaît presque comme une copie littérale du texte de la loi de 1994¹³. C'est d'ailleurs pourquoi de nombreuses références à ses travaux préparatoires seront faites dans les développements qui suivent.

L'exposé des motifs est extrêmement précis à cet égard¹⁴: les autorités locales sont clairement exclues du champ d'application de la loi et comprises dans les autorités administratives non fédérales (à l'exception du personnel des provinces qui dépend directement des autorités fédérales, y compris les commissaires d'arrondissement). Cependant, certains parlementaires auraient voulu qu'on étende l'application des dispositions relatives à la publicité passive (sur cette distinction: voy. *infra*) aux autorités locales; leur motivation était la suivante¹⁵:

- c'est sans aucun doute au niveau local que le droit d'accès répond le plus au vœu des administrés¹⁶;
- c'est au législateur fédéral, et non aux législateurs décrets, qu'il appartient de régler la question en vertu de l'article 162 de la Constitution¹⁷. «*Prétendre régler la matière par le biais de la tutelle serait un détournement de compétence; l'exercice de la tutelle ne peut déguiser un pouvoir de réglementer qui, en vertu de la Constitution, est du domaine exclusif de la loi*»¹⁸. Il subsistait donc un vide juridique dans la loi de 1994 si l'on n'entendait pas son champ d'application aux communes et provinces.

13. Ceci a d'ailleurs permis de réduire considérablement les débats relatifs à son adoption (*Doc. parl.*, Ch. repr., sess. ord. 1996-1997, n° 871/1 (exposé des motifs) et 871/2 et 3 (amendements)); transmis par la Chambre, le projet n'a pas été évoqué par le Sénat (*Doc. parl.*, Sén., sess. ord. 1996-1997, n° 1-687/1 et 2).

14. *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. ord. 1992-1993, n° 1112/1, pp. 8-9.

15. *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. ord. 1992-1993, n° 1112/3, pp. 3-4.

16. On citera un extrait du Préambule de la Charte européenne de l'autonomie locale adoptée au sein du Conseil de l'Europe le 15 octobre 1985: «(...) Considérant que les collectivités locales sont l'un des principaux fondements de tout régime démocratique; considérant que le droit des citoyens de participer à la gestion des affaires publiques fait partie des principes démocratiques communs à tous les Etats membres du Conseil de l'Europe; convaincus que c'est au niveau local que ce droit peut être exercé le plus directement; convaincus que l'existence de collectivités locales investies de responsabilités effectives permet une administration à la fois efficace et proche du citoyen (...)».

17. Voy. l'avis du Conseil d'Etat (section législation) du 10 décembre 1990, *Doc. parl.*, Cons. rég. Brux.-Cap., 1990-1991, n° 128/1: «Une ordonnance qui range parmi les autorités administratives sur lesquelles repose une obligation de communication les autorités locales qui doivent accorder leur collaboration à l'exécution des ordonnances et règlements de la Région de Bruxelles-Capitale enfreint la compétence d'organiser les institutions provinciales et locales, une compétence qui appartient exclusivement au terrain de la loi en vertu de l'article 108 (aujourd'hui 162) de la Constitution (...)».

18. *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. ord. 1992-1993, n° 1112/3, pp. 3-4.

Le débat résultait principalement de la perspective future de régionalisation de la législation organique relative aux communes et aux provinces¹⁹: à quoi bon inclure dans une loi les autorités locales alors que, tôt ou tard, «la compétence sera transférée aux Régions?», plaident les opposants à l'application de la loi de 1994 aux autorités locales.

Une solution à court terme aurait pu être d'inscrire directement les dispositions mettant en œuvre le principe de la publicité des documents administratifs dans la loi provinciale et dans la nouvelle loi communale. Elles en auraient suivi ainsi le sort.

Cette solution a été écartée, de même qu'a été écartée l'idée d'étendre le champ d'application de la loi du 11 avril 1994 aux autorités locales.

Le ministre de l'Intérieur et de la Fonction publique a estimé en effet qu'avant toute décision, l'esprit de loyauté fédérale commandait de solliciter l'avis des Régions en la matière, même si cet avis ne lie pas le législateur fédéral²⁰. Cet avis n'a, d'après les informations que nous avons pu recueillir, jamais été sollicité.

Finalement, que constater?

Malgré les très nombreuses discussions intervenues en la matière lors des débats parlementaires, on est arrivé *in fine* à un résultat presque identique à l'extension du champ d'application de la loi du 11 avril 1994 aux communes et provinces: en effet, le texte de la loi du 12 novembre 1997 n'est qu'une copie servile de cette dernière. Même l'exposé des motifs est identique, mot pour mot!

Etait-ce nécessaire d'attendre plus de trois ans pour adopter le même texte? Une réponse négative ne fait aucun doute. Surtout lorsqu'on connaît l'insécurité juridique dans laquelle étaient plongées communes et provinces, susceptibles à tout moment de recevoir une demande d'accès à des documents sans

19. Déclaration de révision de la Constitution (M.B., 12 avril 1994, p. 9251): «Les chambres déclarent qu'il y a lieu à révision de l'article 162 de la Constitution, en vue de, en application de l'article 39 de la Constitution, régionaliser la législation organique relative aux provinces et aux communes, à l'exception de ce qui est réglé par la loi du 9 août 1988 portant modification de la loi communale, de la loi électorale communale, de la loi organique des centres publics d'aide sociale, de la loi provinciale, du Code électoral, de la loi organique des élections provinciales et de la loi organisant l'élection simultanée pour les chambres législatives et les conseils provinciaux (la «loi de pacification») et dans le respect de l'unité de la politique en matière de services de police et d'incendie, ainsi que du caractère communal du service de police et d'incendie». Selon les termes de Messieurs NOTHOMB, VAN HAVERBEKE et DARAS, il y a peu de chance que la régionalisation de la législation organique relative aux communes et provinces soit adoptée sous cette législature, vu la difficulté, pour ne pas dire l'impossibilité, de réunir la majorité des 2/3 (propos tenus lors du colloque «L'avenir des communes et provinces dans la Belgique fédérale» du 19 juin 1996, partiellement consacré à la question; les actes du colloque sont édités: *L'avenir des communes et provinces dans la Belgique fédérale – entre régionalisation et Charte européenne de l'autonomie locale*, Bruxelles, Bruylant, 1997, p. 340). Sur cette question, voy. principalement la contribution de Dimitri YERNAULT intitulée «Les enjeux de la révision de l'article 162 de la Constitution et la régionalisation de la législation organique des communes», pp. 33-103 de l'ouvrage précité.

20. *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. ord. 1992-1993, n° 1112/13, p. 17.

savoir si elles pouvaient la refuser, en l'absence de texte précisant *expressis verbis* les cas d'exceptions au droit d'accès²¹.

La loi du 11 avril 1994, sans englober les communes dans son champ d'application en ce qui concerne les mesures de publicité active comme passive²², les concerne cependant directement à un double titre.

Tout d'abord, l'article 4, alinéa 3, confie au Roi la faculté de régler l'intervention des administrations communales en vue de la consultation ou de la rectification de documents²³. Le ministre de l'Intérieur et de la Fonction publique a précisé que ce service devait être rendu «sur base volontaire et à titre gratuit»²⁴. Cet ajout au projet a suscité quelques débats et diverses critiques virulentes, mais souvent pertinentes²⁵; celles-ci n'ont pas fait obstacle à l'adoption de la disposition mais ont sans doute été déterminantes dans le fait qu'aucun arrêté royal n'a jamais été pris sur cette base et ne le sera vraisemblablement jamais.

Ensuite, les exceptions au droit d'accès aux documents établies par l'article 6 de la loi du 11 avril 1994 s'imposent aux autorités communales et provinciales, en vertu non seulement de l'article 1^{er}, alinéa 1^{er}, b), de cette loi mais également de l'article 7, alinéa 1^{er}, de la loi du 12 novembre 1997. Ceci sera examiné de manière détaillée *infra*.

21. Peu d'autorités locales étaient conscientes qu'elles devaient appliquer les diverses exceptions au droit d'accès édictées par les normes adoptées au niveau fédéral et au niveau des entités fédérées. L'ignorance des citoyens du droit nouveau qui leur est reconnu a, heureusement peut-être, évité aux autorités locales bien des difficultés.

22. Sur cette distinction, voy. *infra*.

23. Ne se trouvant pas dans le projet de loi initial, cette mesure a été proposée au cours des débats (*Doc. parl.*, Ch. repr., sess. ord. 1992-1993, n° 1112/6, p. 2) car il a semblé essentiel d'associer à la mise en œuvre de la publicité les autorités les plus proches du citoyen et les mieux placées pour répondre à leurs attentes. Une disposition identique existe d'ailleurs dans le décret flamand du 23 octobre 1991 (art. 10, § 2).

24. *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. ord. 1992-1993, n° 1112/13, p. 50.

25. Les arguments des opposants à cette mesure étaient, d'une part, pratiques, d'autre part, juridiques. D'un point de vue pratique, les tâches des communes sont de plus en plus nombreuses aujourd'hui et l'on imagine difficilement comment elles peuvent exercer cette mission nouvelle proposée; à l'heure actuelle cependant, compte tenu de l'article 32 de la Constitution comme de la loi du 12 novembre 1997, les communes sont bien tenues d'intervenir en matière de publicité, mais leur intervention se limite à leurs propres documents, et non aux documents des autorités fédérales, bien plus abondants. D'un point de vue juridique, le fait que le Roi soit habilité à régler cette intervention communale soulève des difficultés car (*Doc. parl.*, Ch. repr., sess. ord. 1992-1993, n° 1112/15, p. 4):

1° c'est inconstitutionnel: seule la loi, le décret et l'ordonnance peuvent fixer les modalités d'accès aux documents en vertu de l'article 32 de la Constitution; de plus, l'article 162 de la Constitution réserve à la loi la réglementation des autorités locales;

2° c'est incomplet, puisque rien n'est dit sur les provinces;

3° c'est ambigu, car le texte parle de «l'intervention» des communes et l'on peut se demander si ces autorités ne servent que d'intermédiaire ou si leurs propres documents sont susceptibles d'être consultés sur cette base. Si le législateur avait voulu régler la publicité des documents communaux et provinciaux dans la loi, il aurait dû le faire clairement en étendant son champ d'application aux autorités locales, et non par le biais de cette disposition énigmatique.

La loi du 12 novembre 1997 et la publicité de l'administration dans les communes

Entrée en vigueur le 29 décembre 1997, la loi du 12 novembre 1997 relative à la publicité de l'administration dans les provinces et les communes est étudiée ici de façon détaillée, à tout le moins dans ses aspects strictement communaux. La source d'inspiration principale est la loi du 11 avril 1994 et surtout les travaux préparatoires qui ont présidé à son adoption. A été privilégiée une analyse fidèle et complète des travaux préparatoires de la loi du 11 avril 1994 comme de la loi du 12 novembre 1997 elle-même, afin d'en faire une synthèse susceptible d'être aisément comprise et appliquée; cette analyse est complétée par l'apport essentiel des avis rendus par la Commission d'accès aux documents administratifs (en abrégé: CADA)²⁶ et par la jurisprudence, aussi bien en France²⁷ qu'en Belgique.

L'étude se limite aux questions qui ne sont pas développées par d'autres intervenants.

Le principe de la publicité passive, seul aspect envisagé dans l'article 32 de la Constitution, retient tout d'abord notre attention (chapitre 1^{er}); ensuite, on examine le principe de la publicité active (chapitre 2), pour survoler enfin diverses problématiques liées à l'application de la loi (chapitre 3).

Chapitre 1^{er}. La publicité passive

INTRODUCTION

Pour réaliser le principe général de publicité, la loi combine deux volets: la publicité sur initiative de l'autorité, appelée «publicité active», et la publicité à la demande de l'administré, appelée «publicité passive»²⁸.

26. Créée par la loi du 11 avril 1994 (art. 8), cette Commission d'accès aux documents administratifs se voit reconnaître un rôle essentiel en matière de recours et en matière d'interprétation de la loi qui l'a instituée; même si la CADA elle-même s'estime incompétente pour interpréter cette loi (voy. not. avis n° I/CTB/1994/5), elle a été instituée en vue de réaliser une certaine unicité d'interprétation et de jurisprudence en matière de publicité de l'administration (*Doc. parl.*, Ch. repr., sess. ord. 1992-1993, n° 112/1, p. 20 et n° 1112/13, p. 64).

La mission de la CADA a été étendue à la publicité au niveau local par l'article 9 de la loi du 12 novembre 1997. On renvoie à la contribution de Michel LEROY relative au contentieux.

La CADA éditte annuellement des rapports dont l'enseignement est précieux (*Rapport annuel de la Commission d'accès aux documents administratifs*, 1994-1995, éd. resp. R. ANDERSEN, Bruxelles, 1996 et *Rapport annuel de la Commission d'accès aux documents administratifs*, 1996, éd. resp. R. ANDERSEN, Bruxelles, 1998).

27. La France possède «une longueur d'avance» en la matière, tant au niveau législatif qu'au niveau jurisprudentiel. A ce titre, le législateur fédéral et les législateurs décrets se sont largement inspirés de ses avancées et enseignements. Nous ferons de même dans les développements qui suivent.

28. On peut souligner le caractère inopportun des termes choisis («actif» et «passif», notions subjectives), le législateur se plaçant non du point de vue de l'administré, principal sujet de la loi et titulaire du droit fondamental consacré par la Constitution, mais du point de vue de l'administration (*Doc. parl.*, Ch. repr., sess. ord. 1992-1993, n° 1112/2, p. 5 et n° 1112/13, p. 7).

On s'arrêtera ici à la publicité «passive», la publicité «active» faisant l'objet du chapitre 2.

SECTION 1^{re}. CHAMP D'APPLICATION DES DISPOSITIONS RELATIVES À LA PUBLICITÉ PASSIVE

§ 1^{er}. *Champ d'application ratione personae*

A. Les autorités soumises à l'obligation de communiquer, à la demande, des documents administratifs

L'article 2, alinéa 2, 1^o, de la loi du 12 novembre 1997 stipule qu'elle s'applique aux autorités administratives provinciales et communales. La notion d'autorité administrative doit être entendue au sens de l'article 14 des lois coordonnées sur le Conseil d'Etat et de la jurisprudence y relative²⁹. Divers critères caractérisant une autorité administrative peuvent être envisagés très brièvement³⁰.

1. Critères organiques

L'autorité a été créée ou agréée par les pouvoirs publics³¹ et/ou témoigne d'une forme de subordination, de dépendance organique par rapport aux pouvoirs publics.

2. Critères matériels

L'autorité exerce une mission d'intérêt public et/ou détient une parcelle de la puissance publique³² et utilise des procédés exorbitants du droit commun (ce

29. Exposé des motifs de la loi du 11 avril 1994, *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. ord. 1992-1993, n° 1112/1, pp. 8-9.

30. Pour cette question, on renvoie à:

– R. ANDERSEN, *Droit administratif*, t. II, 1993-1994, pp. 12 et 224;
– G. BOLAND, «La notion d'autorité administrative», *A.P.T.*, 12, 1988, pp. 81-85;
– M. HERBIET, «La notion d'autorité administrative dans le service public fonctionnel», *R.J.D.A.*, 1970, pp. 16 et s.;
– *Novelles, Droit administratif*, t. 6, Le Conseil d'Etat, n° 938-981;
– A. RASSON-ROLAND, obs. sous C.E., 20 novembre 1981, MAERSCHALCK, n° 25.173, *A.P.T.*, 1982, pp. 78-86;
– J. SALMON, *Le Conseil d'Etat*, t. I, Bruxelles, Bruylant, 1994, pp. 222-238.

31. L'autorité administrative ne doit pas nécessairement être créée par les pouvoirs publics, il suffit qu'elle soit agréée, ce qui a pour conséquence qu'une personne privée peut très bien se voir conférer par concession ou agrégation la qualité d'autorité administrative. Cette personne privée possède alors cette qualité uniquement lorsqu'elle exerce la mission particulière qui lui est confiée par les pouvoirs publics (*Novelles, o.c.*, n° 969).

32. Parmi les diverses prérogatives de la puissance publique, on citera notamment: le pouvoir de recruter de façon unilatérale son personnel et d'en établir le statut; le pouvoir de réquisitionner des biens; le pouvoir de contracter des emprunts publics; le pouvoir de donner des injonctions;

→

qui implique le pouvoir de prendre des décisions à caractère unilatéral et contraignant vis-à-vis des tiers).

Ces divers critères n'étant pas cumulatifs, l'absence de l'un ou l'autre n'exclut pas *ipso facto* la qualification d'autorité administrative³³. Ils correspondent à deux courants distincts existant dans la jurisprudence du Conseil d'Etat: le premier, de type organique, accorde la primauté aux critères formels tandis que le second, de type fonctionnel, privilégie les critères matériels. On ne s'attardera pas sur cette question.

Selon l'exposé des motifs de la loi du 12 novembre 1997, «tous les organes des administrations locales sont des autorités provinciales ou communales. En effet, pour les administrations locales, il n'est pas fait de distinction entre les pouvoirs législatif, exécutif et judiciaire. La présente loi s'applique donc (...) au bourgmestre, au collège des bourgmestre et échevins, au conseil communal. La présente loi s'applique en outre aux institutions qui ont été créées par l'autorité (...) communale ou à l'intervention de celle-ci afin de mettre en place un service public et qui ont adopté la forme d'une société commerciale ou d'une association sans but lucratif»³⁴.

Il convient de préciser cette définition du champ d'application offerte par les travaux préparatoires et même de nuancer et critiquer la dernière phrase. Outre les composantes du corps communal que sont le bourgmestre, le collège des bourgmestre et échevins et le conseil communal, sont soumises à la loi du 12 novembre 1997 les entités suivantes³⁵:

1. les régies communales non personnalisées, et donc non distinctes de la commune;
2. les régies communales autonomes, créées sur base de l'article 263bis de la nouvelle loi communale;
3. les fabriques d'église³⁶;
4. certaines asbl présentant un caractère communal. A leur propos, des distinctions doivent être établies, suivant les conditions de leur création et les modalités de leur fonctionnement.

La première hypothèse est celle d'une commune qui participe à la constitution d'une asbl. Soit elle s'associe avec une ou plusieurs autres communes uniquement, soit s'ajoutent d'autres personnes de droit public ou privé. Dans les deux cas, cette asbl doit nécessairement adopter la forme d'une intercom-

→

le pouvoir d'exproprier des biens, ... Il est important de souligner l'intime lien unissant la création ou l'agrégation par la loi, d'une part, et la possession d'une partie de la puissance publique, d'autre part: certains auteurs considèrent en effet que si une autorité exerce une parcelle de la puissance publique, ce ne peut être que parce que les pouvoirs publics la lui ont conférée (*Novelles, o.c.*, n° 966).

33. G. BOLAND, *o.c.*, p. 83.

34. *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. ord. 1996-1997, n° 871/1, p. 3.

35. Sur cette question, voy. notamment A. COENEN, «La publicité de l'activité administrative des communes», *Mouv. comm.*, 1998, 3, pp. 134-136.

36. Leur allégeance à la commune reste cependant controversée (A. COENEN, «La publicité de l'activité administrative des communes», *o.c.*, p. 135 et note 26).

munale, qui échappe à l'application de la loi du 12 novembre 1997 (*infra*)³⁷. Le Conseil d'Etat a en effet considéré, dans un arrêt du 15 septembre 1992, qu'une commune ne peut constituer avec d'autres entités une association qui ne serait pas organisée par la législation relative aux intercommunales ou par une loi autorisant une association spécifique^{38 39}. En conséquence, d'une part, plusieurs communes ne peuvent constituer une asbl qui ne serait pas organisée par la législation relative aux intercommunales, d'autre part, une seule commune ne peut participer à la constitution d'une asbl avec une personne privée (puisque'il faut au minimum deux communes pour constituer une intercommunale). Cette thèse majoritaire connaît cependant une dissidence, un arrêt isolé rendu le 31 octobre 1996 par la cour d'appel de Bruxelles admettant que plusieurs communes constituent une asbl sur la seule base de la loi du 27 juin 1921 relative aux asbl, sans soumission à la législation relative aux intercommunales^{40 41}.

Dans cette première hypothèse donc, les asbl ainsi créées échappent à la loi du 12 novembre 1997, puisqu'elles sont nécessairement des intercommunales (*infra*).

La seconde hypothèse est celle d'une personne physique ou morale de droit privé qui constitue une asbl dans laquelle une commune occupe une place prépondérante⁴²; est-ce alors une autorité administrative de type communal? Pour répondre à cette question, on peut s'inspirer avec fruit des critères énumérés par la loi du 24 décembre 1993 relative aux marchés publics et à certains marchés de travaux, de fournitures et de services, dans la définition de son champ d'application concernant les personnes juridiques créées pour satisfaire directement des besoins d'intérêt général ayant un caractère autre qu'industriel ou commercial⁴³: on en déduit alors que les asbl créées par l'initiative privée mais dans lesquelles une commune joue un certain rôle

peuvent être qualifiées d'autorités administratives, nommées asbl communales et soumises à la loi du 12 novembre 1997 si l'un des critères suivants est réuni: soit l'activité de l'asbl est financée majoritairement par l'autorité communale, soit la gestion est soumise à un contrôle de l'autorité communale, soit la majorité des membres de l'organe de direction, de contrôle ou de surveillance est désignée par l'autorité communale.

Quelles sont les entités exclues du champ d'application de la loi du 12 novembre 1997?

Il s'agit tout d'abord, et comme annoncé ci-avant, des *intercommunales*: relevant de la compétence des Régions⁴⁴, les intercommunales sont soumises, outre au prescrit constitutionnel, aux divers décrets/ordonnances régionales adoptées en la matière⁴⁵. Au niveau de la Région wallonne, une proposition de décret relative à la publicité des intercommunales a récemment été déposée au Parlement⁴⁶. La substance de cette proposition est semblable aux divers textes adoptés au niveau fédéral et fédéré, à quelques nuances près⁴⁷.

On a précisé *supra* que les communes ne peuvent, dans l'état actuel du droit, créer avec d'autres communes des associations revêtant la forme d'une société commerciale ou des asbl qu'en recourant à la structure de l'intercommunale⁴⁸. De telles sociétés et asbl échappent donc nécessairement à la loi du 12 novembre 1997. C'est ici qu'il convient de nuancer quelque peu l'exposé des motifs de la loi, lorsqu'il stipule qu'elle s'applique «(...) aux institutions qui ont été créées par l'autorité (...) communale (...) afin de mettre en place un service public et qui ont adopté la forme d'une société commerciale ou d'une association sans but lucratif»: la seule possibilité pour une commune de créer, par la voie associative, une institution qui gère un service public est de s'associer avec une ou plusieurs autre(s) commune(s) et donc d'adopter nécessairement la forme d'une intercommunale, qui n'est donc pas soumise à la loi du 12 novembre 1997.

Sont également exclus du champ d'application de la loi du 12 novembre 1997 les C.P.A.S. Relevant *en principe* de la compétence des Communautés⁴⁹, les C.P.A.S. sont soumis à d'autres normes⁵⁰. En effet, en application de l'article 138 de la Constitution, le décret II du Conseil de la Communauté française du 19 juillet 1993 attribuant l'exercice de certaines compétences de la Communauté française à la Région wallonne et à la Commission commu-

37. D. DÉOM, «La démocratie locale et les organismes locaux d'intérêt public», *Rev. dr. comm.*, o.c., 1995/4-5, p. 281. On notera que les communes qui s'associent adoptent rarement la forme d'une asbl, préférant la forme d'une société anonyme ou d'une société coopérative.

38. En vue de simplifier le propos, déjà fort complexe, cette seconde branche de l'alternative n'est pas envisagée en détail ici; on renvoie à l'article de A. COENEN intitulé «L'étendue du droit d'association des communes - Jurisprudence récente», *Mouv. comm.*, 1993, pp. 265-268, et spécialement à la note 7 qui fait un relevé non exhaustif mais déjà très riche des législations particulières sur base desquelles des communes peuvent s'associer.

39. C.E. (4^e ch.), 15 septembre 1992, DRIESSENS et al., n° 40.314, *R.A.C.E.*, 1992 et *A.P.M.*, 1992, p. 174; on lira également avec intérêt C.E. (3^e ch.), 28 mars 1994, S.C. GECOLI, *Rev. dr. commun.*, 1995/2, p. 140 et note de J. VANHAEVERBEEK. Sur cette question, voy. l'excellent article de A. COENEN, «L'étendue du droit d'association des communes - Jurisprudence récente», o.c., ainsi que les références citées.

40. Bruxelles (2^e ch.), 31 octobre 1996, *Rev. dr. commun.*, n° 1998/2, p. 110 et la note très critique de J.-P. MAWET et J. REITERS; voy. à ce propos A. COENEN, «La publicité de l'activité administrative des communes», o.c., p. 135.

41. Loi du 27 juin 1921 accordant la personnalité civile aux associations sans but lucratif et aux établissements d'utilité publique, *M.B.*, 1^{er} juillet 1921, p. 5409.

42. Par exemple, les asbl gérant les infrastructures sportives des communes, la bibliothèque, les services sociaux, ...

43. *M.B.*, 22 janvier 1994, p. 1308.

44. Article 162, alinéa 4, de la Constitution et article 6, VIII, 1^o, de la loi spéciale du 8 août 1980 de réformes institutionnelles, modifiée par les lois spéciales du 8 août 1988, du 12 janvier 1989 et du 16 janvier 1989.

45. *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. ord. 1996-1997, n° 871/1, p. 3.

46. *Doc. parl.*, Cons. rég. w., sess. ord. 1997-1998, n° 407/1, pp. 1 à 6.

47. Notamment l'absence de deux exceptions facultatives (la possibilité de refus de communication lorsque la demande est manifestement abusive; la possibilité de refus de communication d'avis ou opinions communiqués librement et à titre confidentiel à l'autorité).

48. A. COENEN, o.c., p. 135.

49. Article 5, § 1^{er}, II, 2, de la loi spéciale du 8 août 1980 de réformes institutionnelles, modifiée par les lois spéciales du 8 août 1988, du 12 janvier 1989 et du 16 janvier 1989.

50. *Doc. parl.*, Ch. repr., scss. ord. 1996-1997, n° 871/1, p. 3.

nautaire française⁵¹ a transféré à ces deux entités l'exercice de la presque totalité de sa compétence en matière d'aide aux personnes (art. 3, 7,° du décret)⁵². Le 2 avril 1998, le Conseil régional wallon a adopté un décret modifiant la loi du 8 juillet 1976 organique des centres publics d'aide sociale⁵³ qui y insère un article 31bis en ces termes: «La loi du 11 avril 1994 et le décret du Conseil régional wallon du 30 mars 1995 relatifs à la publicité de l'administration sont applicables aux centres publics d'aide sociale, selon que les actes administratifs relèvent respectivement de la compétence de l'Etat fédéral ou de la Région wallonne»⁵⁴.

B. Les titulaires du droit d'accès aux documents administratifs

Tout administré est titulaire du droit d'accès aux documents administratifs. La notion d'administré est bien plus large que celle de citoyen puisqu'elle recouvre, outre les personnes physiques majeures ou mineures ayant la nationalité belge, les étrangers, les personnes morales⁵⁵, les organisations ou associations, les groupements de fait, qu'ils soient résidents ou non. Il n'est pas exigé de fournir les *raisons* de la démarche⁵⁶.

En outre, le principe est qu'on ne doit justifier d'aucun *intérêt personnel*⁵⁷ pour accéder au document désiré, puisque tout administré est présumé irréfra-

gablement avoir un intérêt à consulter tout document public^{58 59}. Chacun se voit reconnaître un droit de s'informer sur l'activité de l'administration au nom de l'intérêt général (postulat que tout est public, le secret étant l'exception)⁶⁰: le droit d'accès n'est donc «pas uniquement un droit ayant trait à des documents ou à des dossiers par lesquels un administré est directement concerné en raison d'implications ou d'intérêts spéciaux»⁶¹. On parle de publicité «*erga omnes*».

Cependant, un intérêt est requis lorsque le demandeur veut accéder à un «document à caractère personnel» (art. 5, al. 2, de la loi)⁶²; à ce propos, le fait qu'un document mentionne le nom d'une ou plusieurs personnes ne suffit pas pour qu'il soit un document à caractère personnel⁶³; il est nécessaire que le document porte «une appréciation ou un jugement de valeur relatif à une personne physique⁶⁴ nommément désignée ou aisément⁶⁵ identifiable ou la

51. M.B., 10 septembre 1993, p. 19 981.

52. Quant à Bruxelles, c'est l'article 3, 7°, des décrets II du Conseil de la Communauté française du 19 juillet 1993, II du Conseil régional wallon du 22 juillet 1993 et III du Conseil de la Région de Bruxelles-Capitale du 22 juillet 1993 attribuant l'exercice de certaines compétences de la Communauté française à la Région wallonne et à la Commission communautaire française qui ont attribué la compétence en cette matière à ces deux entités (M.B., 10 septembre 1993, pp. 20 000 et s.).

53. M.B., 28 avril 1998, p. 12 972; voy. article 6ter.

54. Les termes utilisés semblent bien maladroits ! D'une part, le décret parle d'*actes administratifs*: faut-il lire plutôt *documents administratifs*? On ose l'imaginer. D'autre part, la formulation pourrait faire croire qu'une autorité applique les exceptions établies par une norme fédérale ou régionale selon que le document (l'*acte*) relève de la compétence de l'une ou l'autre entité. Il n'en est rien: les exceptions sont établies dans les domaines que relèvent de leur compétence par des législateurs, fédéral ou régional; une fois adoptées, elles s'imposent à toute autorité, de quelque compétence que relève le document concerné.

55. C.E. (6° ch.), 14 octobre 1996, X c. Etat belge, n° 62.547 et la motivation très précise à cet égard (cet arrêt est publié notamment dans le *Rapport annuel de la Commission d'accès aux documents administratifs*, 1996, o.c., pp. 134 et s.); CADA, avis n° 1/CAD/95/31.

56. On peut s'inspirer de la jurisprudence établie par la Commission de recours pour le droit d'accès à l'information en matière d'environnement dans son recours n° 58 (*Amén.*, 1995/3, pp. 198-200): le requérant n'a pas à justifier sa demande de communication de données.

57. Ce qui distingue le droit d'accès aux documents administratifs des procédures juridictionnelles, où la recevabilité dépend systématiquement de l'existence d'un intérêt (F. JONGEN, «La publicité de l'administration», J.T., 1995, p. 781).

Un amendement relatif à l'introduction du principe d'exigence d'un intérêt pour l'obtention de tout document, appuyé par l'Union des Villes et Communes de Wallonie, avait été déposé, afin «d'éviter les perturbations, voire la paralysie des administrations communales et provinciales, submergées par de multiples demandes. Certaines risqueraient de ne pas être fondées sur un légitime souci d'information». Il a été rejeté (*Doc. parl.*, Ch. repr., sess. ord. 1996-1997, n° 871/3, p. 1).

58. Et ce indépendamment de tout recours juridictionnel, contrairement au droit de consulter un dossier administratif, qui ne peut s'exercer, en vertu des droits de la défense, qu'à partir du moment où le juge a été saisi (C.E. (4° ch.), 16 avril 1971, STALS et al., n° 14.673, R.A.A.C.E., 1971, p. 448, cité par C. BENEDEK et Ph. DE BRUYCKER, «La transparence de l'administration - Quelques observations à propos de l'accès aux documents administratifs en droit belge», *Présence du droit public et des droits de l'homme, Mélanges offerts à Jacques Velu*, Bruxelles, Bruylant, 1992, p. 785).

Cette définition extrêmement large du droit d'accès et cette présomption irréfragable d'intérêt génèrent le risque que les autorités administratives soient inondées de demandes motivées par la simple curiosité (Fr. JONGEN, o.c., p. 781). L'ouverture de l'administration est à ce prix. A l'heure actuelle toutefois, ce risque ne s'est pas matérialisé, du moins dans la majorité des autorités (*infra*, conclusion).

59. A moins cependant qu'il ne s'agisse d'un document à caractère personnel, restriction envisagée *infra*.

60. C. BENEDEK, «La transparence administrative en Belgique - L'accès aux documents administratifs», A.P.T., 1993, p. 160.

61. *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. ord. 1996-1997, n° 871/1, p. 5.

62. Le régime français est sensiblement différent, puisque l'article 6bis de la loi du 17 juillet 1978 (loi n° 78-753 portant diverses mesures d'amélioration des relations entre l'administration et le public et diverses dispositions d'ordre administratif, social et fiscal, J.O., 17-18 juillet 1978, pp. 2851 et s.; cet article a été ajouté par la loi n° 79-587 du 11 juillet 1979, J.O., 12 juillet 1979) stipule que seule la personne concernée peut accéder aux documents nominatifs (au sens de la loi française; *infra*) la concernant; la jurisprudence y ajoute le conjoint survivant ou les héritiers, en cas de décès de la personne concernée (L. TOUVET et J.-H. STAHL, «Accès aux documents administratifs», A.J.D.A., 1994, p. 686), et de son vivant, le titulaire d'un mandat explicite ou un parent habilité à agir en lieu et place (CADA, *Guide de l'accès aux documents administratifs*, Paris, La documentation française, 1990, pp. 35 et 39). On constatera que le régime belge est distinct, dans le sens d'une plus grande largesse de l'accès aux documents à caractère personnel (*infra*).

63. Le commentaire de l'article 5 de la loi du 12 novembre 1997 est peut-être malheureux lorsqu'il indique «le droit à la publicité vaut pour tout demandeur à l'égard de tous les documents administratifs non nominatifs» (*Doc. parl.*, Ch. repr., sess. ord. 1996-1997, n° 871/1, p. 5); on ne s'arrêtera pas à ces termes inadéquats.

64. Et les personnes morales? La définition du document à caractère personnel ne les englobe pas, ce qui doit impliquer qu'un document qui serait de type «à caractère personnel» relativement à une personne morale est accessible sans justification d'un intérêt. Un motif d'exception pourrait

→

description d'un comportement dont la divulgation peut manifestement⁶⁶ causer un préjudice à cette personne» (art. 2, 3°, de la loi)⁶⁷. Cette définition a été empruntée à l'interprétation que la Commission française d'accès aux documents administratifs a donnée à l'expression «document nominatif» figurant dans la loi française du 17 juillet 1978⁶⁸.

Le fait d'exiger que le document comporte une appréciation ou un jugement de valeur ou contienne la description d'un comportement dont la divulgation est susceptible de causer un préjudice pour qu'il soit qualifié de «document à caractère personnel» auquel l'accès est conditionné par la démonstration d'un intérêt a été critiqué lors des travaux préparatoires de la loi du 11 avril 1994; il peut en effet engendrer des excès sans commune mesure avec l'objectif poursuivi par la loi. «A titre d'exemple, en vertu <de la loi>, il n'est pas requis de justifier d'un intérêt pour consulter ou avoir copie d'un rôle ou d'un extrait de rôle d'impôts des personnes physiques, document qui ne comporte ni «appréciation» ni «jugement de valeur» et ne décrit pas un «comportement». Par ailleurs, la protection de la vie privée peut difficilement être invoquée pour des contributions aux dépenses publiques. On sait pourtant combien

aux Etats-Unis la publicité des impôts est une source bénie d'informations pour les kidnappeurs, rançonneurs et autres extorsionnistes ...»⁶⁹. Cependant, étendre à l'accès de tous les documents administratifs relatifs à une personne identifiée ou identifiable l'obligation de justifier d'un intérêt serait excessif et non conforme à l'intention sous-tendant la loi du 11 avril 1994 comme celle du 12 novembre 1997; «toute mention d'un nom sur un document dans quelque contexte que ce soit (...) suffirait à rendre ce document inaccessible⁷⁰, et ce quel qu'en soit le contenu ou quelle que soit la raison pour laquelle l'on a mentionné le nom ou des éléments permettant l'identification; (cela) rendrait <la loi> tout à fait inutile et violerait même le principe de la publicité de l'administration défini à l'article 32 de la Constitution»⁷¹. D'autre part, des exceptions sont établies et permettent de refuser la communication de documents «sensibles» dans une série d'hypothèses (*infra*).

Il peut être délicat de distinguer le document à caractère personnel du document portant atteinte à la vie privée. Nous n'abordons pas cette problématique dans ces lignes puisqu'elle dépasse le présent exposé général de la loi.

Un intérêt est donc exigé par l'article 5, alinéa 2, de la loi lorsque le demandeur veut accéder à un document à caractère personnel. Cet intérêt doit être entendu comme l'intérêt requis pour agir devant le Conseil d'Etat⁷², ce qui implique qu'il soit légitime, direct, actuel, certain et personnel⁷³. Il faut ajouter cependant que les documents à caractère personnel tombent également sous l'application de la loi du 8 décembre 1992 relative à la protection de la

→ être éventuellement invoqué pour s'opposer à la communication de documents sensibles liés à une personne morale; on pense directement au motif d'exception lié au caractère par nature confidentiel des informations d'entreprise ou de fabrication communiquées à l'autorité (*infra*). Il nous apparaît cependant que ce motif n'est pas susceptible de protéger la personne morale dans l'hypothèse précise d'un document de type «à caractère personnel» la concernant, puisqu'il vise une hypothèse distincte de la définition rigoureuse du document à caractère personnel. L'exception liée à la protection de la vie privée ne pourra pas non plus être utilement opposée, puisque les personnes morales ne se voient pas reconnaître un tel droit à la vie privée (*infra*).

65. Ce terme a été critiqué lors des travaux préparatoires de la loi du 11 avril 1994, puisqu'il est susceptible de justifier des abus et que, de plus, il crée une divergence incohérente entre la loi de 1994 et la loi du 8 décembre 1992 relative à la protection de la vie privée à l'égard des traitements de données à caractère personnel (*M.B.*, 18 mars 1993, p. 5801). Ainsi, un même document pourra être considéré comme «à caractère personnel» au regard de la loi de 1992 sans l'être au regard de la loi de 1994, selon que la personne est «identifiable» ou seulement «aisément identifiable» (*Doc. parl.*, Ch. repr., sess. ord. 1992-1993, n° 1112/15, p. 2).

66. Le terme «manifestement» a été ajouté lors des travaux préparatoires de la loi du 11 avril 1994 suite à l'avis du Conseil d'Etat, qui a souligné la difficulté pour l'administration saisie d'une demande d'accès de déterminer si le document est ou n'est pas susceptible de porter préjudice à une personne (*Doc. parl.*, Ch. repr., sess. ord. 1992-1993, n° 1112/1, p. 31).

67. Le projet de la loi du 11 avril 1994 parlait de «documents nominatifs» (*Doc. parl.*, Ch. repr., sess. ord. 1992-1993, n° 1112/1, p. 43), mais cette expression a été remplacée au cours des travaux préparatoires; diverses justifications ont été apportées à cette modification:

- volonté d'user d'une terminologie uniforme et identique à celle utilisée par la loi du 8 décembre 1992 précitée (*Doc. parl.*, Ch. repr., sess. ord. 1992-1993, n° 1112/13, p. 39);
- la définition donnée par la loi inclut un sens appréciatif et/ou préjudiciable, or, le terme «nominatif» n'a pas cette signification (*Doc. parl.*, Ch. repr., sess. ord. 1992-1993, n° 1112/2, p. 4);
- les termes «à caractère personnel» évoquent mieux la personne qui jouit des droits et libertés fondamentales consacrés notamment par la Convention européenne des Droits de l'Homme, alors que le terme «nominatif» se rapporte aussi bien à un nom commun qu'à un nom propre (*Doc. parl.*, Ch. repr., sess. ord. 1992-1993, n° 1112/2, p. 4).

68. Exposé des motifs de la loi du 11 avril 1994, *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. ord. 1992-1993, n° 1112/1, pp. 13-14.

69. *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. ord. 1992-1993, n° 1112/15, p. 3.

70. Non inaccessible, mais soumis à la justification d'un intérêt.

71. Réponse du ministre de l'Intérieur et de la Fonction publique à cette argumentation, *Doc. parl.*, Sén., sess. ord. 1993-1994, n° 999/2, pp. 12-13. Les exemples cités par le ministre sont éloquentes: un procès-verbal de réunion, les rapports des conseils communaux, les annales du Sénat ou de la Chambre des représentants seraient des documents ne pouvant être rendus publics que suite à la démonstration d'un intérêt, si l'on acceptait cette logique.

72. Article 19 des lois sur le Conseil d'Etat coordonnées par l'arrêté royal du 12 janvier 1973; *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. ord. 1996-1997, n° 871/1, p. 5.

73. Le décret flamand du 13 juin 1996 modifiant le décret du 23 octobre 1991, tous deux précités, définissait quant à lui limitativement les catégories de personnes qui justifiaient de l'intérêt requis pour accéder à un document à caractère personnel (article 3 du décret insérant un article 9bis dans le décret du 23 octobre 1991); outre la personne faisant l'objet du document, on trouvait «les personnes dont l'intervention est indispensable à la rédaction, au traitement, à la gestion administrative, au dépôt, à l'exploitation, au contrôle de qualité, à l'interprétation et à l'analyse de ces documents». Etaient donc exclues du droit à la publicité de ces documents les personnes qui, bien que justifiant d'un intérêt personnel, légitime et direct, ne rentraient pas dans ces deux catégories. Cette partie de la disposition contenant telle limitation a été annulée par un arrêt de la Cour d'arbitrage n° 17/97 du 25 mars 1997 (*M.B.*, 24 avril 1997, p. 9731), au motif qu'en désignant lui-même limitativement les catégories de personnes présumées avoir un intérêt à consulter tels documents et en excluant que d'autres personnes puissent prouver leur intérêt à la communication de ceux-ci, le législateur décreta flamand a instauré une exception générale et absolue à l'article 32 de la Constitution et a adopté une mesure non proportionnée à l'objectif poursuivi. Cette partie de la disposition annulée nous permet cependant d'illustrer le type de personnes susceptibles de démontrer un intérêt à la communication de documents à caractère personnel.

74. *Novelles de droit administratif*, t. VI, Le Conseil d'Etat, n° 1094 à 1162bis, et spécialement n° 1103 à 1106; J. SALMON, *o.c.*, pp. 305 à 320.

vie privée à l'égard des traitements de données à caractère personnel⁷⁵. Celle-ci exige, en son article 5, que des *finalités légitimes* soient poursuivies pour pouvoir obtenir de telles données, la légitimité s'appréciant par la mise en balance des intérêts contradictoires en jeu. Cela revient à dire que pour accéder aux documents à caractère personnel, vu la superposition des deux lois, il conviendra de démontrer un intérêt et de prouver que cet intérêt est «*supérieur au préjudice subi par la partie concernée par les données du fait de la divulgation de celles-ci*»⁷⁶.

Pourra par exemple accéder à tel document à caractère personnel la personne en considération de laquelle ce document a été établi; pourra également y accéder, dans certains cas, un tiers qui présente un intérêt⁷⁷.

La jurisprudence française considère qu'aussi longtemps que la personne est en vie, un tiers ne peut accéder à des dossiers personnels à moins d'être titulaire d'un *mandat légal* (parents désirant accéder à un dossier relatif à leur enfant mineur, ...), judiciaire ou contractuel. La Belgique semble moins restrictive. La CADA a par exemple considéré que l'intérêt de la recherche scientifique pouvait éventuellement, et selon le cas, être considéré comme l'intérêt exigé par la loi pour accéder à un document à caractère personnel, que la personne soit encore en vie ou non⁷⁸.

La problématique de la protection de la vie privée ne peut être davantage développée ici.

§ 2. Champ d'application *ratione materiae*

Qu'englobent les termes «*document administratif*», termes dont la définition est nécessaire à l'application du second volet de la loi relatif à la publicité passive? L'article 2, 2°, de la loi définit cette notion en ces termes: «*toute information, sous quelque forme que ce soit, dont une autorité administrative dispose*».

Les éléments constitutifs de la définition sont tout d'abord précisés (A), avant d'apporter les nuances nécessaires à sa compréhension (B).

75. Il convient de ne pas confondre les notions de «donnée à caractère personnel» et de «document à caractère personnel», la première notion étant bien plus large et englobante. A nouveau, nous ne pouvons nous étendre dans la présente étude sur cette intéressante distinction.

76. C. DE TERWANGNE, «L'accès du public à l'information détenue par l'administration», *Rev. b. dr. const.*, 1996, 2, p. 119; voy. également M.-H. BOULANGER, C. DE TERWANGNE et Th. LÉONARD, «La protection de la vie privée à l'égard des traitements de données à caractère personnel – La loi du 8 décembre 1992», *J.T.*, 1993, pp. 378 et s.

77. Exemple des héritiers d'une personne qui désirent obtenir la communication d'un dossier qui leur est utile pour faire valoir un droit ou engager une procédure. D'autres exemples peuvent également être tirés de la partie de la disposition du décret flamand du 13 juin 1996 modifiant le décret du 23 octobre 1991 relatif à la publicité des documents administratifs annulé par la Cour d'arbitrage (*supra*).

78. Avis n° I/CAD/95/92; en n'oubliant pas la mise en œuvre éventuelle de l'exception liée à la protection de la vie privée.

A. Les éléments constitutifs de la définition du document administratif

Trois éléments doivent être réunis pour que l'on se trouve en présence d'un document administratif soumis à la communication à tout intéressé: un *document*, de type *administratif*, et dont une *autorité administrative dispose*.

1. Le document

Cette notion doit être entendue au sens large: elle comprend toutes les informations dont dispose l'autorité administrative, quel que soit le support d'information⁷⁹. La forme matérielle importe donc peu: données informatiques et électroniques, disquettes et disques⁸⁰, enregistrements sonores ou sur bande vidéo, documents écrits, fiches, qu'ils soient situés en amont ou en aval des décisions prises par une autorité administrative. Des exemples, cités dans les travaux préparatoires⁸¹, permettent d'éclairer les esprits, cette énumération n'étant certes pas limitative: sont visés les rapports, les études et avis, même de commissions consultatives non officielles⁸², les directives administratives, les circulaires⁸³, les comptes-rendus et procès-verbaux du conseil communal⁸⁴ et du collège des bourgmestre et échevins, les notes, les factures, les statistiques, les contrats, les licences, les registres d'enquête publique, les cahiers d'examen, les plans, les tableaux chiffrés, les films, les photos,

2. Le document administratif

Sont exclus les documents émanant des autorités judiciaires ainsi que ceux qui découlent de la gestion d'activités de droit privé⁸⁵. Dans la détermination de

79. *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. ord. 1996-1997, n° 871/1, p. 3; sur la distinction entre les notions de document, de support et d'information, voy. B. EVEN, «La notion de document administratif», *A.J.D.A.*, p. 529.

80. L'exclusion des données informatiques et électroniques aurait réduit le droit d'accès comme peau de chagrin, vu l'évolution technologique de ces dernières années ...

81. Ces divers exemples sont textuellement repris aux travaux préparatoires qui ont présidé à l'adoption du décret flamand du 23 octobre 1991 relatif à la publicité des documents administratifs dans les services et établissements de l'Exécutif flamand (voy. *Gedr. St.*, VI. R., 1990-1991, n° 535/1, p. 5).

82. Ces commissions consultatives ne sont pas elles-mêmes des autorités administratives soumises aux normes relatives à la transparence, mais leurs études et avis sont accessibles lorsqu'ils ont été pris en considération dans la phase de décision par une autorité administrative soumise à la loi (*Doc. parl.*, Ch. repr., scss. ord. 1992-1993, n° 1112/1, pp. 11-12).

83. Pour un exemple, voy. l'avis de la CADA, n° I/CTB/94/38.

84. Au terme de l'article 102 de la loi communale, tout habitant de la commune se voit déjà reconnaître le droit de se faire remettre, sans déplacement, les délibérations du conseil communal. Interprétée strictement, cette disposition ne permettrait cependant pas d'accéder aux délibérations du collège des bourgmestre et échevins sans l'accord de ses membres, en l'absence de texte légal spécifique.

85. CADA, *Guide de l'accès aux documents administratifs*, o.c., pp. 12-15 et 48-49; cf. également C. DE TERWANGNE et Th. DE LA CROIX-DAVIO, *L'accès à l'information administrative et la commercialisation des données publiques*, Cahier du Crid, n° 9, Namur, E. Story-Scientia, 1994, p. 35.

ce qui entrerait dans la notion de document administratif, le Conseil d'Etat français a souligné, à côté du critère de type *organique* (lié à l'origine du document), l'existence d'un critère de type *fonctionnel*: selon cette haute instance administrative, le document administratif doit correspondre à des relations ou à une activité de droit public d'une autorité administrative⁸⁶. Sont alors exclus les documents:

- se rattachant à la gestion du domaine privé de l'administration (contrat passé par la commune dans la gestion de son patrimoine privé, ...);
- concernant des rapports de droit privé entre une autorité administrative et ses agents;
- ne relevant pas d'une façon générale d'un régime de droit public.

De tels développements quant à la définition du document administratif peuvent être également adoptés en Belgique.

Il ne faut pas identifier les notions d'acte administratif, d'une part, et de document administratif, d'autre part. Rappelons qu'un acte administratif est un *acte juridique unilatéral*, individuel ou réglementaire, émanant d'une autorité administrative en vue de *produire des effets juridiques* à l'égard d'un ou de plusieurs administrés ou d'une autorité administrative, soit en modifiant l'ordonnancement juridique, soit en se bornant à l'affecter⁸⁷.

Quelles nuances apporter entre ces deux notions⁸⁸?

- un document administratif n'est pas toujours un acte juridique: rapports d'études, statistiques, ...;
- un document administratif n'est pas toujours à caractère unilatéral: contrat, ...;
- contrairement à l'acte administratif, dont l'auteur est toujours une autorité administrative ou une personne privée qui se voit reconnaître en certaines hypothèses telle qualité, le document administratif est une information détenue par une autorité administrative même si celle-ci n'est pas l'auteur de cette information; des documents d'origine privée peuvent donc également être des documents administratifs, à condition qu'ils soient élaborés ou adressés en vue d'être traités par l'administration, que ce traitement débouche ou non sur une décision administrative;

86. J. LAVEISSIÈRE et al., *Information et transparence administratives*, Paris, PUF, 1988, p. 20 et jurisprudence citée.

87. J. SALMON, *o.c.*, pp. 264-265.

88. P. VAN DER PLANCKE, mémoire de fin d'études de droit intitulé *La transparence administrative*, 1991-1992, non publié, pp. 30-31.

B. EVEN a effectué une étude approfondie du régime distinct s'appliquant à l'«acte administratif», d'une part, et au «document administratif», d'autre part, dans son article précité «La notion de document administratif», pp. 529-530; on citera par exemple les règles de publicité qui sont une condition d'opposabilité pour les actes mais n'ont en principe, et sauf exception, aucun sens dans le cadre des documents autres que des actes administratifs (sur le régime de publicité des actes administratifs en France, voy. G. VEDEL et P. DEVOLVÉ, *Le système français de protection des administrés contre l'administration*, Paris, Sirey, 1991, pp. 144-145). On ne suivra cependant pas la scission nette qu'opère cet auteur entre les actes et les documents: notre conception est plus «englobante» puisqu'elle considère que tout acte administratif est un document administratif.

- un document administratif modifie ou affecte parfois l'ordonnancement juridique ou la situation juridique, mais pas toujours: décisions préparatoires, actes précédant une décision (projet de plan d'aménagement, ...),

On conclut de cette analyse qu'alors que tout acte administratif est un document administratif, tout document administratif n'est pas forcément un acte administratif.

3. Le document administratif dont une autorité administrative dispose

C'est principalement la doctrine et la jurisprudence françaises, toutes deux abondantes, qui permettent d'éclairer le sens du terme «disposer». On s'appropriera utilement leurs enseignements pour bien cerner les contours de la notion. «*Soit qu'ils en émanent, soit qu'ils les lui aient été adressés, ont un caractère administratif les documents détenus par l'administration qui, par leur nature, leur objet ou leur utilisation, se rattachent à l'exécution d'une activité de service public administratif*»⁸⁹. C'est un critère de *détention* qui est utilisé par la CADA française pour définir les documents administratifs entrant dans le champ d'application de la loi. Ce critère, simple et pratique, permet d'affirmer que l'intégralité des documents détenus par une autorité administrative sont *présumés* présenter un caractère administratif⁹⁰. Mais il ne suffit pas qu'un document soit en possession de l'administration pour qu'il soit *ipso facto* communicable; encore faut-il qu'il fasse l'objet d'un traitement par l'administration dans le cadre de son activité. Un critère plus précis émerge: celui du *traitement du document par l'administration*⁹¹.

On procédera à nouveau à des distinctions⁹²:

- soit un document est élaboré par une autorité dans l'exercice de son activité publique: alors, il tombe dans le champ d'application de la loi française comme de la loi belge;
- soit un document est transmis à une autorité dans le cadre de sa mission de contrôle ou de tutelle, ce qui intéresse plus particulièrement les autorités fédérales et fédérées: dans ce cas, selon la jurisprudence française, on parlera de document administratif communicable, mais seule l'autorité administrative dont il émane pourra le communiquer⁹³; s'il émane d'une personne privée, il ne sera pas considéré comme communicable par le seul fait qu'il a été transmis à l'autorité aux fins de contrôle, sauf s'il s'agit d'un document élaboré spécialement pour l'administration⁹⁴;

89. CADA, *Guide de l'accès aux documents administratifs*, *o.c.*, p. 12.

90. L. TOUVET et J.-H. STAHL, *o.c.*, pp. 683-684.

91. *Ibid.*, p. 684.

92. *Ibid.*

93. CADA, *L'accès aux documents administratifs*, 8^e rapport d'activité, Paris, La Documentation française, 1995, p. 19. On verra *infra* ce qu'il convient de faire lorsqu'une demande est adressée à une autorité administrative incompétente pour y répondre.

94. *Ibid.*, p. 20.

- soit un document est élaboré par une personne privée en vue d'être traité par une autorité dans le cadre de son activité, peu importe que ce traitement débouche ou non sur une décision administrative (on dit que l'autorité le détient *par destination*⁹⁵): il tombe également dans le champ d'application de la loi française comme de la loi belge;
- soit un document est élaboré par une personne privée et se trouve tout à fait fortuitement aux mains d'une autorité administrative, sans lui avoir été adressé: on peut considérer alors qu'il échappe à l'application de la loi française comme de la loi belge.

B. Les nuances nécessaires à la compréhension de la notion de document administratif

Quand peut-on considérer qu'il y a document administratif soumis à l'obligation de publicité⁹⁶? Cette question, très délicate, en appelle bien d'autres qui sont examinées ici.

1. Faut-il limiter le droit d'accès aux documents sur lesquels une autorité administrative a déjà statué⁹⁷?

Cela conduirait à rendre inaccessibles les documents préparatoires qui aident l'autorité à se faire une opinion, à tout le moins aussi longtemps qu'elle n'a pas pris sa décision. Une telle compréhension du droit d'accès est bien trop restrictive. D'une part, on le répète, il ne faut absolument pas interpréter la notion de document administratif «comme visant seulement les décisions proprement dites»: constituent indubitablement des documents administratifs les documents sur la base desquels l'autorité va adopter sa décision définitive⁹⁸. D'autre part, les documents préparatoires sont accessibles quand bien même la décision finale n'a pas encore été adoptée.

Et qu'en est-il des documents en cours d'élaboration, et donc inachevés? L'article 7, 1°, de la loi prévoit une possibilité de rejeter une demande d'accès à un document inachevé ou incomplet lorsqu'il est susceptible d'être source de méprise⁹⁹. Il est essentiel de bien distinguer les notions «document préparatoire» et «document inachevé», comme l'a d'ailleurs fait la Commission de recours pour le droit d'accès à l'information en matière d'environnement¹⁰⁰: «par documents administratifs (...), il y a lieu d'entendre non seulement la

décision finale mais également les actes qui lui sont préparatoires, à condition que ceux-ci ne soient pas inachevés, c'est-à-dire qu'ils ne soient pas encore à l'état de simple projet». La Commission «rejette l'assimilation pure et simple de tous les documents préparatoires à la notion de document inachevé»¹⁰¹.

La CADA française considère, quant à elle, qu'il y a lieu d'exclure purement et simplement du droit d'accès les documents qui n'ont pas acquis leur valeur définitive, et ceci dans le but de «préserver l'autonomie d'action de l'administration, qui doit pouvoir modifier ses projets et être à l'abri des pressions pendant la phase d'élaboration du document»¹⁰². La solution belge est distincte puisqu'il n'existe pas de principe jurisprudentiel d'exclusion des documents qui n'ont pas acquis leur version définitive. Au contraire¹⁰³: l'article 7, 1°, précité reconnaît seulement aux autorités administratives la faculté de refuser l'accès aux documents inachevés lorsque cet inachèvement est susceptible d'entraîner une méprise. Notre système est donc à l'heure actuelle moins radical et moins restrictif que le système français qui limite *a priori* l'accès en excluant d'office certains documents (l'exception, d'application facultative, étant moins automatique que la restriction de la définition).

2. Faut-il limiter le droit d'accès aux documents qui ont effectivement contribué à l'élaboration d'une décision administrative¹⁰⁴?

Répondre par l'affirmative conduirait à rendre inaccessibles les documents susceptibles de contribuer à l'élaboration d'une telle décision, chaque fois que, dans les faits, ils n'ont pas été réellement pris en considération par l'autorité. Cette conception limitative apparaît étrangère aux vœux du législateur et doit donc être rejetée.

Pour ces deux premières questions, il ne faut pas être trop restrictif dans la compréhension des termes «documents administratifs», sous peine d'ôter tout effet utile au droit fondamental fraîchement acquis¹⁰⁵. Le ministre de l'Intérieur et de la Fonction publique espérait d'ailleurs, lors des travaux préparatoires de la loi du 11 avril 1994, que le Conseil d'Etat développe une jurisprudence spécifique pour les quelques situations particulières. Le Conseil d'Etat

95. L. TOUVET et J.-H. STAHL, *o.c.*, p. 684.

96. Pour répondre aux questions qui suivent, on fera très souvent un détour par la France et les acquis de la CADA française; ses nombreuses années de jurisprudence sont, pour la Belgique, une source d'inspiration inégalable.

97. Ce que prévoit le décret flamand du 23 octobre 1991 relatif à la publicité des documents administratifs dans les services et établissements de l'Exécutif flamand (*o.c.*), à l'article 3, § 2, alinéa 2.

98. Voy. notamment avis de la CADA, n° I/CAD/94/33 et I/CAD/95/12 et 95.

99. Voy. ce chapitre, section 5.

100. Recours n° 48 du 21 avril 1995, publié dans *Amén.*, 1995/3, pp. 195-196.

101. M. PALLEMAERTS, obs. sous recours n° 48 du 21 avril 1995 de la Commission de recours pour le droit d'accès à l'information en matière d'environnement, *Amén.*, 1995/3, p. 197.

102. CADA, *Guide de l'accès aux documents administratifs, o.c.*, p. 10; le Conseil d'Etat français exclut notamment de l'accès les «ébauches, esquisses, projets, notes encore informelles, comptes-rendus d'échanges de vues et, dans l'ensemble, les états partiels et provisoires d'un document tant qu'il est encore en cours d'élaboration» (J. LAVEISSIÈRE et al., *Information et transparence administratives, o.c.*, p. 20); pour ce qui concerne les documents préparatoires, la CADA française «diffère leur communication dans le temps en la subordonnant à l'intervention de la décision qu'ils préparent» (CADA, *Guide de l'accès aux documents administratifs, o.c.*, p. 61).

103. Voy. notamment l'avis de la CADA, n° I/CTB/48.

104. Ce que prévoit le décret flamand du 23 octobre 1991 relatif à la publicité des documents administratifs dans les services et établissements de l'Exécutif flamand (*o.c.*), à l'article 2, 1°.

105. *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. ord. 1992-1993, n° 1112/13, p. 33.

a déjà rendu plusieurs arrêts relatifs à l'accès aux documents administratifs, mais au jour où nous écrivons, aucun enseignement fondamental n'est à mentionner quant à la compréhension de la notion de document administratif.

3. Faut-il limiter le droit d'accès aux documents *élaborés après l'entrée en vigueur de la loi* (c'est-à-dire après le 29 décembre 1997)?

Aucune réponse n'a été apportée à cette question au cours des travaux préparatoires. Une certitude cependant: le caractère *self executing* de l'article 32 de la Constitution a imposé de toutes façons une communication des documents depuis le 1^{er} janvier 1995, seules restant à déterminer les modalités de ce droit d'accès ainsi que ses limites. Pour le surplus, l'esprit du texte permet, selon nous, de considérer que la loi s'applique à tous les documents, quelle que soit la date de leur création¹⁰⁶.

4. Faut-il limiter le droit d'accès aux *informations matérialisées*?

Divers éléments conduisent à exclure du droit d'accès les informations transmises à l'autorité de façon purement verbale, et donc dépourvues de support¹⁰⁷:

- l'expression «*droit de consulter un document administratif*» qui apparaît dans l'article 5, alinéa 1^{er}, de la loi et qui est difficilement conciliable avec une information orale;
- la référence permanente dans les travaux préparatoires de la loi du 11 avril 1994 comme de la loi du 11 novembre 1997 à un «*support*» de l'information;
- l'impossibilité de prouver l'existence du document et sa possession par l'autorité administrative en l'absence de matérialisation sur un support.

5. Le lieu où se situe matériellement le document a-t-il un impact quelconque?

Une réponse négative s'impose, car:

- ce n'est pas parce qu'à un moment donné, un document qui devrait se trouver auprès de l'autorité administrative n'y est pas, qu'il n'est pas accessible¹⁰⁸;

106. Au niveau de la Communauté flamande, la question a été expressément réglée dans un sens différent: l'article 2, § 1^{er}, alinéa 2, de l'arrêté de l'Exécutif flamand du 9 décembre 1992 portant exécution de la publicité passive telle que définie dans le décret du 23 octobre 1991 relatif à la publicité des documents administratifs dans les services et établissements de l'Exécutif flamand (*M.B.*, 15 décembre 1992, p. 26 659) dispose que les documents administratifs ne sont accessibles que si, dans l'affaire considérée, la décision finale a été prise après la date d'entrée en vigueur du décret, soit le 27 novembre 1992 (le décret flamand limite en effet l'accès aux documents qui attestent l'existence d'une décision administrative ou d'un acte ayant contribué à une décision administrative). Ceci ne signifie pas que tous les documents administratifs antérieurs à l'entrée en vigueur du décret flamand échappent à la publicité; seuls y échappent les documents qui ont contribué à une décision finale adoptée avant le 27 novembre 1992.

107. Fr. JONGEN, *o.c.*, p. 781.

108. P. VAN DER PLANCKE (*o.c.*, p. 33) souligne qu'admettre l'inverse permettrait facilement aux autorités administratives de contourner le principe de publicité en déposant les documents compromettants «à l'extérieur» (domicile d'un agent, société de service stockant l'information, ...).

- inversement, tout document se trouvant auprès de l'autorité administrative n'est pas pour autant un document administratif communicable, comme vu précédemment;
- enfin, les documents archivés, même s'ils ne se trouvent pas matériellement au siège de l'autorité administrative, sont accessibles dans les conditions qu'on étudie au chapitre 3, section 2, l'autorité les ayant déposés étant seule juge de leur communicabilité.

6. Une autorité administrative peut-elle être tenue de transmettre des documents qui font l'objet d'une procédure judiciaire?

La CADA considère que les documents qui font partie d'un dossier judiciaire ne présentent pas une nature administrative et qu'il convient donc d'utiliser la voie indiquée au niveau judiciaire pour obtenir la communication du document; il appartient exclusivement aux autorités judiciaires d'apprécier si le requérant peut y accéder¹⁰⁹.

Un arrêt du Conseil d'Etat du 29 août 1995 va dans le même sens: les formes de publicité organisées par la loi du 11 avril 1994 (*a pari causa*, par la loi du 12 novembre 1997) ne sont pas applicables lorsqu'elles tendent à faire déposer devant une juridiction des documents dont cette juridiction peut ordonner elle-même la production¹¹⁰.

7. Une autorité administrative peut-elle être tenue de constituer un nouveau document à la demande d'un administré?

La CADA belge a été confrontée à cette question à diverses reprises et y a répondu négativement: «*dat de administratie in het kader van de openbaarheid evenwel niet verplicht is nieuwe documenten samen te stellen ter beantwoording van vragen*»¹¹¹. Un administré n'a donc pas le droit d'exiger l'accès à une information qui n'existe pas encore, ce qui veut dire qu'il ne pourra contraindre une autorité administrative à rédiger des documents, à effectuer des études ou rapports, à réaliser des synthèses ou des comparaisons¹¹².

109. Voy. notamment les avis n^{os} I/CTB/94/15, I/CAB/94/19 et I/CAD/94/30. Voy. en France: CADA, *Guide de l'accès aux documents administratifs*, *o.c.*, pp. 16-18.

110. C.E. (XI^e ch.), 29 août 1995, S.A. LA HERSEAUTOISE, n^o 54.901, A.P.M., 1995, p. 153.

111. Avis n^o I/CTB/94/34-35. Voy. également avis n^{os} CTB/96/2, CTB/96/7, ...

112. Toute autre est l'hypothèse où le document a existé mais n'existe plus parce qu'il a été détruit, perdu ou parce qu'il n'a pas été conservé; dans ces différents cas, l'autorité administrative sera incapable de satisfaire à la demande d'accès. Cette position, si elle est logique et réaliste, est cependant critiquée dans la mesure où elle permet trop aisément à une autorité administrative de refuser l'accès à un document déterminé, prétendant qu'il est «perdu». Cela revient finalement à exiger des administrés la preuve de l'existence et de la détention matérielle par l'administration du document demandé. N'est-ce pas là un excès (cf. la décision du tribunal civil de Verviers du 15 novembre 1993, *Amén.*, 1993/4, p. 267, commentée par C. DE TERWANGNE, «L'accès du public à l'information détenue par l'administration», *o.c.*, pp. 132-134)?

En outre, dans un recours n° 58 du 21 avril 1995, la Commission de recours pour le droit d'accès à l'information en matière d'environnement¹¹³ considère qu'on ne peut obliger chaque autorité publique intervenant à un stade ou l'autre d'une procédure à se constituer un dossier comprenant l'ensemble des pièces de la procédure; une telle obligation ne s'impose qu'à l'autorité compétente pour prendre la décision finale. Cette solution raisonnable semble pouvoir également s'appliquer dans le cadre de la loi du 12 novembre 1997.

Par contre, on doit normalement s'attendre à ce que chaque autorité conserve une copie des documents dont elle est l'auteur, ainsi que des documents qui lui sont indispensables pour exercer correctement sa mission et qui lui ont été transmis par l'autorité compétente pour prendre la décision finale.

SECTION 2. LE PRINCIPE DE LA PUBLICITÉ PASSIVE

L'article 5 de la loi du 12 novembre 1997 concrétise le principe général selon lequel chaque administré est titulaire d'un droit d'accès aux documents administratifs; ce droit comprend¹¹⁴:

- un droit de regard, c'est-à-dire le droit de consulter sur place un document administratif;
- un droit d'explication, c'est-à-dire le droit de demander des explications sur le contenu de tel document; «la publicité sans explication resterait lettre morte en raison du caractère administratif du langage utilisé ou de la technicité des documents»¹¹⁵;
- un droit de communication, c'est-à-dire le droit de demander qu'une copie du document soit remise ou envoyée¹¹⁶.

La loi du 12 novembre 1997 ne se limite pas à recopier les droits de consulter et de recevoir copie de documents administratifs prévus dans la Constitution; elle va plus loin en définissant le contenu concret de ces droits et en y ajoutant le droit de recevoir des explications au sujet d'un document administratif¹¹⁷.

L'introduction d'un droit à recevoir des explications concernant tout document administratif constitue une réelle «révolution administrative» qui n'est

pas sans conséquences pratiques: surcroît de travail, danger d'aboutir à de véritables consultations juridiques et/ou techniques risquant d'engager l'autorité administrative, aménagement nécessaire du temps de travail en tenant compte de cette obligation nouvelle pour chaque autorité administrative communale, affectation de moyens financiers supplémentaires exigés par la mise en œuvre de ce nouveau devoir, ... «Le travail de recherche des documents et de leur explication peut facilement devenir écrasant pour les administrations. (Elles) qui ont déjà tant de peine (...) à expédier les dossiers en cours quand ce n'est pas avec des mois de retard, pourraient se trouver débordées, noyées»¹¹⁸. Qu'en sera-t-il lorsque tous les citoyens¹¹⁹ connaîtront leur droit d'accès et désireront l'exercer (à condition bien sûr que tel soit leur désir, ce dont on peut douter vu le faible usage fait, jusqu'à présent, par tout un chacun du droit à la communication des documents administratifs ...¹²⁰)?

SECTION 3. LA PROCÉDURE D'ACCÈS AUX DOCUMENTS

Les principes élémentaires pour l'introduction et le traitement de la demande d'accès à un document sont fixés aux articles 6 et 7 de la loi du 12 novembre 1997, chaque autorité communale conservant la liberté de préciser elle-même la manière dont la publicité est concrètement organisée, dans le respect de ces principes¹²¹.

La volonté clairement exprimée a été de simplifier au maximum la procédure afin que des obstacles formels ne viennent pas entraver la mise en œuvre de la publicité.

L'intéressé doit introduire une *demande écrite* (§ 1^{er}) adressée à l'autorité compétente (§ 2). Celle-ci dispose de *délais* (§ 3) pour lui répondre et pourra dans certains cas lui demander une *rétribution* (§ 4). C'est le collège des bourgmestre et échevins qui *statue* sur les demandes d'accès (§ 5).

§ 1^{er}. Une demande écrite

La demande peut être rédigée sur place ou être adressée par lettre. Dans cette seconde hypothèse, une lettre ordinaire suffit (ni lettre recommandée, ni formulaire spécifique ne sont exigés). L'écrit permet de se réserver une preuve de la demande et facilite également son traitement (consignation des demandes dans un registre, classées par date de réception; voy. ci-après). L'autorité communale peut évidemment faire suite également à des demandes par téléphone, mais ce procédé est susceptible de générer des difficultés d'ordre pratique (preuve, précisions, ...). De même, la CADA considère que la de-

113. *Amén.*, 1995/3, pp. 197 à 200. Il nous paraît que cette jurisprudence s'applique également au droit d'accès général aux documents administratifs.

114. *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. ord. 1996-1997, u° 871/1, p. 6.

115. *Ibid.*

116. Eventuellement sous forme électronique - disquette - ou par transmission électronique; voy., à cet égard, l'intéressant avis de la CADA relatif aux modalités pratiques (avis n° I/CADA/96/115).

117. Le Conseil d'Etat a considéré, lors des travaux préparatoires de la loi du 11 avril 1994, que le droit d'obtenir des explications, bien que non mentionné textuellement dans l'article 32 de la Constitution, faisait naturellement partie du service public (avis du Conseil d'Etat sur l'avant-projet de la loi du 11 avril 1994, *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. ord. 1992-1993, n° 1112/1, p. 29). Tous les législateurs décrets n'ont cependant pas perçu la nécessité de reconnaître un tel droit à l'administré (voy., par exemple, les décrets du Conseil de la Communauté française du 22 décembre 1994 et de la Commission communautaire française de la Région de Bruxelles-Capitale du 11 juillet 1996, tous deux précités).

118. *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. ord. 1992-1993, n° 1112/13, p. 10.

119. Et non exclusivement «les instruits», fréquemment seuls informés de leurs droits et de la manière de les exercer ... ce qui est regrettable, surtout lorsqu'il s'agit d'une disposition destinée à renforcer la démocratie et la participation des citoyens.

120. *Infra.*

121. Commentaire des articles, *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. ord. 1996-1997, n° 871/1, p. 6.

mande adressée par fax ne fournit pas les garanties nécessaires à l'autorité relativement à l'identité du demandeur, ni ne garantit un traitement adéquat de la demande¹²².

La demande doit indiquer clairement la matière visée et, si possible, les documents administratifs concernés; le demandeur pourra utilement ajouter de quoi traitent les documents désirés, dans le but de faire avancer la procédure. L'exigence d'indication de la matière visée permet d'éviter les demandes vagues et trop imprécises, qui permettraient d'ailleurs aux autorités communales de les refuser sur base de l'article 7, alinéa 1^{er}, 4^o, de la loi. Un équilibre a été trouvé entre deux extrêmes: soit demander systématiquement l'indication précise du document recherché, avec sa date et sa référence officielle¹²³, soit se contenter d'une simple indication de la matière.

L'article 6, alinéa 3, de la loi stipule que chaque autorité communale doit classer les demandes écrites dans un registre, par date de réception. Cette contrainte pratique se justifie par la nécessité d'avoir une date «certaine»¹²⁴, la date d'enregistrement, comme point de départ du délai dans lequel l'autorité requise est tenue de se prononcer.

§ 2. Une demande adressée à l'autorité compétente

Il est possible que le demandeur s'adresse à une autorité communale qui ne détient pas le document désiré: la loi oblige alors cette autorité «incompétente» et saisie par erreur à transmettre au demandeur qui s'est trompé les coordonnées (dénomination et adresse) de l'autorité (fédérale, fédérée, locale) qui détient les documents, selon les informations dont elle dispose¹²⁵ (art. 6, al. 2).

C'est toujours l'autorité qui détient le document qui est compétente pour statuer sur sa communicabilité en application de la loi. L'exception qui, comme le dit l'adage, confirme la règle vise l'hypothèse du document archivé, dont la communicabilité est toujours décidée par l'autorité qui a *déposé* les documents (art. 6, al. 1^{er}, *in fine*, de la loi).

On aurait sans doute préféré que ce soit systématiquement l'autorité administrative qui a *élaboré* le document qui décide de son accessibilité. La justification est simple: cette autorité est mieux placée pour apprécier si un motif d'exception doit être opposé et pour donner des explications relatives à ce document, tout spécialement quand ce document émane d'une autorité non communale. Cette solution n'a cependant pas été choisie ni même discutée au

cours des travaux préparatoires, que ce soit de la loi du 11 avril 1994 ou de la loi du 12 novembre 1997.

§ 3. Les délais

Deux questions sont abordées ici:

- A. La demande d'accès doit-elle être introduite dans un délai déterminé?
- B. La réponse de l'autorité doit-elle être transmise dans un délai déterminé?

A. Le délai au cours duquel la demande doit être introduite

Cette question n'a jamais été soulevée au cours des travaux préparatoires, que ce soit de la loi du 11 avril 1994 ou de la loi du 12 novembre 1997, mais un recours formé par un particulier en 1995 a amené la CADA à apporter des précisions¹²⁶. Une autorité peut imposer un délai pour formuler une demande d'accès lorsque cette limite temporelle se justifie raisonnablement. Il faut évidemment, et comme préalable obligé, que ce «délai-couperet» ait été clairement porté à la connaissance des personnes concernées.

B. Le délai au cours duquel l'autorité doit donner réponse à la demande d'accès

L'article 7, alinéa 3, de la loi précise que l'autorité saisie d'une demande d'accès dispose de trente jours pour y répondre¹²⁷. Dans ce délai, l'autorité dispose de plusieurs possibilités:

1. elle accorde au demandeur le droit d'accéder aux documents désirés en les mettant à sa disposition¹²⁸;
2. elle rejette la demande d'accès: dans ce cas, elle devra motiver adéquatement son refus¹²⁹ en se référant à l'un des motifs d'exception indiqué à l'article 7 ou édicté par une norme fédérale ou décréte relative à la publicité (voy. *infra*, section 4); elle devra également indiquer quel recours peut être introduit, devant quelle instance et selon quelles modalités, et ce

122. Avis n° I/CTB/8/94.

123. Ce qui paraît utopique vu la complexité de l'administration ...

124. Non pas au sens du droit privé et de l'article 1328 du Code civil.

125. Cette formulation («selon les informations dont elle dispose») a été ajoutée au cours des travaux préparatoires de la loi du 11 avril 1994 pour réduire les difficultés d'application de l'obligation (ignorance totale de l'autorité détentrice du document) et éviter les problèmes de responsabilité de l'autorité requise (*Doc. parl.*, Ch. repr., sess. ord. 1992-1993, n° 1112/I, p. 33). Elle a été reprise telle quelle dans la loi du 12 novembre 1997.

126. Voy. les avis de la CADA, n° I/CTB/95/19 et I/CAD/95/84; après le délai fixé, la CADA considère que soit le demandeur a perdu tout intérêt à consulter le document (lorsqu'il s'agit d'un document à caractère personnel, dont la consultation est subordonnée à la démonstration d'un intérêt), soit, et selon les circonstances concrètes de l'espèce, la demande est manifestement abusive (art. 7, 3^o, de la loi).

127. Il s'agit de trente jours calendrier, avec application des adages *dies a quo non computatur, dies ad quem computatur*.

128. Cette décision administrative accordant le droit d'accès est un acte administratif à portée individuelle qui doit être motivé (loi du 29 juillet 1991 relative à la motivation formelle des actes administratifs, *M.B.*, 12 septembre 1991, p. 19 976).

129. Le refus étant un acte administratif à portée individuelle, il doit être motivé (loi du 29 juillet 1991 relative à la motivation formelle des actes administratifs et article 7, alinéa 3, de la loi du 12 novembre 1997).

- afin de respecter le prescrit de l'article 3, 4°, de la loi relatif à l'indication des recours (voy. *infra*, la publicité active, chapitre 2, section 3, § 1°);
3. elle ajourne la demande lorsqu'elle n'est pas en mesure d'y donner une suite immédiate (par exemple, lorsque le document est aux archives, ce qui nécessite plus de temps pour le localiser précisément et se prononcer); dans ce cas, elle devra également motiver l'ajournement et le délai ne pourra jamais être prolongé plus de quinze jours.

Dans l'hypothèse où une demande d'accès a été introduite et que l'autorité saisie n'y a pas encore répondu, le délai de trente jours n'étant cependant pas encore écoulé, le demandeur peut-il saisir le juge des référés, s'il y a urgence, afin de condamner l'autorité à communiquer les documents? C'est la question qui a été posée au Président du tribunal de première instance de Namur, qui a répondu par l'affirmative¹³⁰: la requête a été jugée recevable *ratione temporis*, dès lors que l'urgence était avérée en l'espèce, circonstance permettant de ne pas attendre l'écoulement du délai de trente jours¹³¹.

Si aucune réponse (ni positive, ni négative) n'a été donnée dans le délai, la demande est réputée avoir été rejetée (art. 7, al. 4, de la loi). N'est-ce pas une incitation pour les autorités à ne pas se prononcer? Une «voie royale» leur permettant de ne pas dévoiler des motifs de refus qui ne brillent pas par leur légitimité ou par leur légalité¹³²?

130. Dans un litige opposant une autorité administrative attribuant un marché public et un soumissionnaire – ordonnance de référé du 14 février 1997 du Président du tribunal de Namur (rôle des référés n° 288/97), en cause la société anonyme E.M.I. contre la société régionale wallonne des transports; cette ordonnance a été confirmée en appel.

131. Voy. également l'avis de la CADA, n° I/CADA/96/104, selon lequel les juridictions de l'ordre judiciaire sont compétentes pour apprécier si, dès lors que les délais légaux sont respectés, la tardiveté de la communication de documents par l'autorité consiste en une méconnaissance des droits de la défense.

132. La solution inverse (c'est-à-dire présumer que le silence de l'administration dans les trente jours vaut acceptation de la demande d'accès aux documents) aurait permis de protéger davantage les administrés contre l'inertie des autorités qui, on le comprend, seront tentées de s'abstenir de toute réponse dans le délai, ne fût-ce que pour «gagner du temps». Cependant, cette solution présente également des inconvénients: d'une part, l'autorité pourrait alors être amenée à divulguer des documents qui devraient rester secrets vu l'application des motifs d'exception de l'article 7 ou des normes fédérale et décrétales relatives à la publicité; d'autre part, la loi ne règle pas la manière dont l'intéressé pourrait faire valoir ses droits en cas de silence valant acceptation tacite, afin de contraindre «matériellement» l'autorité à transmettre le document. Ces dangers paraissent plus importants que le risque de défaillance des autorités administratives. Certains moyens pour contraindre l'autorité à statuer en temps utiles et à motiver tout refus auraient néanmoins pu être envisagés; par exemple, l'imposition d'une amende à l'autorité défaillante. Le ministre de l'Intérieur et de la Fonction publique a cependant refusé, estimant que le citoyen dispose déjà d'un nombre suffisant de recours et de garanties (intervention de la CADA, recours au Conseil d'Etat avec possibilité de demander une astreinte, ...). Le délai dans lequel la réponse doit être donnée a été considéré comme suffisamment bref pour permettre au citoyen d'être rapidement fixé sur son sort. De toutes façons, on peut présumer une intervention assez rapide des autorités qui voudront ainsi éviter une intervention de la CADA soulignant leur défaillance et statuant sans connaître la motivation de l'autorité à refuser l'accès au document (*Doc. parl.*, Sén., sess. ord. 1993-1994, n° 999/2, p. 23).

Le citoyen n'est cependant pas totalement démuni face à une carence occasionnelle ou à une véritable léthargie endémique, suivant le cas, de l'autorité, puisqu'il dispose d'une voie de recours (*infra*, section 6 et la contribution de Michel LEROY).

§ 4. La rétribution éventuelle¹³³

La procédure est gratuite, mais, en vertu de l'article 13 de la loi, une rétribution (raisonnablement calculée et ne pouvant en aucun cas constituer un obstacle au bon fonctionnement de la publicité¹³⁴) peut éventuellement être demandée pour la délivrance d'une copie. C'est le conseil communal qui fixe le prix de la rétribution éventuellement exigée.

§ 5. La composante du corps communal compétente pour statuer sur les demandes d'accès

C'est le collège des bourgmestre et échevins qui est compétent pour traiter les demandes d'accès formulées en application de l'article 5 de la loi du 12 novembre 1997. Dans cette mission, le collège applique les directives généra-

133. A ce sujet, lire le commentaire de la décision du tribunal civil de Verviers du 15 novembre 1993 (décision publiée dans *Amén.*, 1993/4, p. 267) dans l'article de C. DE TERWANGNE, *o.c.*, pp. 127-133. Voy. également la décision du 30 mai 1996 de la Commission de recours pour le droit d'accès à l'information relative à l'environnement et les observations de J. SAMBON qui l'accompagnent, *J.L.M.B.*, 1996, pp. 1465 et s.

134. Un élément déterminant à prendre en considération sera le coût de la copie (*Doc. parl.*, Ch. repr., sess. ord. 1996-1997, n° 871/1, p. 12).

Les deux décisions mentionnées au numéro précédent précisent clairement que le coût réel d'une photocopie comprend le coût du papier, l'amortissement de la machine, les entretiens de celle-ci, bref le prix de revient de la photocopie majoré, le cas échéant, des frais d'envoi; cependant, il ne s'étend pas au coût éventuel des recherches nécessaires pour mettre les documents à la disposition du demandeur et, de manière générale, aux frais de fonctionnement du service public. Selon Guy BRAIBANT («Droits vis-à-vis de l'administration», *Human right and the European Community: methods of protection, European Union – The Human right challenge*, Florence, Baden-Baden, 1991, p. 433, cité par J. SAMBON dans ses observations sous la décision du 30 mai 1996 de la Commission de recours pour le droit d'accès à l'information relative à l'environnement, *o.c.*, p. 1470), en présence d'un service public dont la finalité est un intérêt général et collectif – la transparence administrative –, l'administration doit être dotée de personnel et de locaux nécessaires à ce service. Les frais relatifs au personnel ne peuvent nullement être mis à charge du demandeur de document. Toute autre est la conception du ministre de l'Intérieur et de la Fonction publique qui a précisé que le calcul du prix de revient pouvait tenir compte des frais de personnel (*Doc. parl.*, Ch. repr., sess. ord. 1992-1993, n° 1112/13, p. 49). Par ailleurs, les paroles du ministre prêtent à confusion lorsqu'il précise, d'une part, que le prix d'une copie doit se limiter au prix de revient et, d'autre part, que les bénéfices éventuels doivent servir à améliorer l'information du public.

Certains parlementaires estimaient que même la délivrance d'une copie devait se faire gratuitement, et cela dans l'intérêt de l'administration puisque la diffusion de ses documents facilite la rectification des éventuelles erreurs qu'ils contiennent; il a paru opportun toutefois de prévoir le paiement d'un prix pour décourager les demandes fantaisistes ou trop étendues (*Doc. parl.*, Ch. repr., sess. ord. 1992-1993, n° 1112/3, p. 8).

les arrêtées par le conseil communal dans le cadre de sa politique d'information et bien sûr dans le respect de la loi¹³⁵. C'est ce même collège qui est compétent pour décider d'une prolongation du délai dans lequel l'autorité communale est tenue de répondre à la demande d'accès.

SECTION 4. LES LIMITES DE LA PUBLICITÉ PASSIVE

Le droit d'accès aux documents administratifs ne peut pas être un droit absolu: l'intérêt de la publicité est susceptible d'entrer en conflit avec d'autres intérêts fondamentaux dont la protection peut justifier une restriction de la transparence. Les différentes hypothèses qui peuvent justifier que la commune déroge au principe général de la publicité sont définies dans des textes divers: d'une part, dans l'article 7 de la loi du 12 novembre 1997, d'autre part, dans les diverses normes adoptées par les entités fédérale et fédérées en matière de publicité¹³⁶.

Les exceptions sont énumérées limitativement et sont de stricte interprétation^{137 138}; elles se scindent en exceptions *facultatives* (celles définies à

l'article 7 de la loi du 12 novembre 1997) et *obligatoires* (celles définies dans les autres normes adoptées par les entités fédérale et fédérées en matière de publicité¹³⁹).

L'autorité qui refuse l'accès à un document en se fondant sur un motif d'exception visé à l'article 7 de la loi ou dans une autre norme relative à la publicité doit mentionner expressément ce motif. Un même motif ne peut être invoqué de façon systématique et mécanique par l'autorité communale, une motivation précise et se fondant sur les circonstances propres au cas d'espèce devant chaque fois figurer dans la décision de refus¹⁴⁰. De même, une autorité ne pourrait se contenter de s'appuyer sur la jurisprudence de la CADA pour refuser la communication d'un document administratif sans avoir analysé préalablement et précisément la demande présentée devant elle.

§ 1^{re}. Les exceptions facultatives

La loi fixe, à l'article 7, quatre hypothèses¹⁴¹ dans lesquelles une autorité communale *peut* refuser de communiquer¹⁴² des documents. Simple faculté reconnue aux autorités, il faudra dans chaque cas concret faire la balance des intérêts en jeu.

A. Le document inachevé ou incomplet susceptible de créer un malentendu

Se conjuguent ici deux intérêts: celui de l'administré, susceptible de subir un préjudice à la suite de la divulgation de documents inachevés ou incomplets qui pourraient être mal compris, mal interprétés par lui; celui de l'administration qui doit disposer d'une certaine «marge de manœuvre» et qui doit pouvoir exercer ses fonctions en toute quiétude, sans être dérangée inopportunistement par des citoyens soucieux de recevoir des renseignements au cours de la procédure de décision. *«Il serait inconcevable que les autorités publiques ne*

135. Lettre du 13 mai 1998 du ministre de l'Intérieur Louis TOBBACK à Monsieur le Bourgmestre de la ville d'Ottignies-Louvain-la-Neuve, aimablement transmise par Monsieur Alain CHEVALLIER.

136. Article 7 *in limine* de la loi. Ces divers textes, avec leur référence complète, ont été cités *supra*. On peut déplorer que les travaux préparatoires de la loi du 12 novembre 1997 ne brillent pas par leur rigueur à cet égard; malgré que le texte soit clair, le commentaire des articles n'envisage que les exceptions établies par la loi du 11 avril 1994, sans se référer à celles énumérées dans les normes des entités fédérées (*Doc. parl.*, Ch. repr., sess. ord. 1996-1997, n° 871/1, p. 7). Il est vrai cependant que ces dernières reprennent souvent en substance les exceptions établies au niveau fédéral (*infra*).

Alain COENEN («La publicité de l'activité administrative des communes», *o.c.*, p. 138) donne une interprétation particulière de cet article 7, considérant qu'il faut distinguer les exceptions que la commune peut invoquer suivant le type de mission qu'elle exerce: lorsqu'elle exerce des missions d'intérêt purement communal, elle peut appliquer les motifs définis expressément à l'article 7, et lorsqu'elle exerce des missions dans des matières d'intérêt général, elle doit en outre appliquer les motifs définis dans les diverses normes fédérale et fédérées relatives à la publicité de l'administration. Le texte ne permet cependant pas une telle interprétation: il précise que la commune doit appliquer les exceptions adoptées par les entités fédérale et fédérées *pour des motifs relevant de leurs compétences respectives*; ceci ne signifie pas que ces exceptions doivent être invoquées uniquement quand la commune exerce des missions d'intérêt général relevant de la compétence fédérale, communautaire ou régionale. Telle interprétation aboutirait d'ailleurs à des situations dangereuses, puisque dans les matières purement communales, la commune ne pourrait s'opposer à la communication de documents qu'en s'appuyant sur les exceptions facultatives définies à l'article 7 de la loi du 12 novembre 1997, exceptions de type formel et ne permettant pas de protéger divers droits et intérêts fondamentaux.

137. Avis du Conseil d'Etat relatif à la loi du 11 avril 1994, *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. ord. 1992-1993, n° 1112/1, p. 28.

Les autorités administratives ne peuvent se fonder sur d'autres motifs pour refuser l'accès aux documents (voy. par exemple l'avis de la CADA, n° I/CTB/95/39: le Fonds des maladies professionnelles refusait de communiquer des documents administratifs déterminés sous prétexte «qu'il n'était pas d'usage de le faire»).

138. Ces motifs se retrouvent en substance dans les législations étrangères qui ont inspiré le législateur belge; «leur signification concrète se cristallise graduellement au travers de la pratique et de la jurisprudence» (Exposé des motifs de la loi du 11 avril 1994, *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. ord. 1992-1993, n° 1112/1, p. 17).

139. Même si l'article 7 *in fine* de la loi du 12 novembre 1997 fait référence de façon générale aux exceptions définies dans les autres normes relatives à la publicité de l'administration, exceptions qui sont soit obligatoires, soit facultatives, on peut considérer que ce renvoi se limite aux exceptions *obligatoires* définies par ces normes, seules exceptions qui se fondent réellement sur des motifs relevant de la compétence particulière de chaque entité; quant aux exceptions *facultatives*, identiques d'ailleurs à celles définies à l'article 7 de la loi du 12 novembre 1997, elles présentent un caractère davantage formel et étranger aux compétences particulières de chaque entité.

140. Avis de la CADA, n° I/CADA/96/8.

La CADA a dû également statuer sur un cas qui ne semble pas poser de difficultés majeures et que nous n'aborderons pas dans les lignes qui suivent: la personne qui a remis personnellement à une autorité administrative un document déterminé qui la concerne peut en demander copie sans qu'on puisse lui opposer un quelconque motif de refus; par contre, elle ne peut faire de même si le document concerne un tiers (avis de la CADA, n° I/CAD/95/1).

141. Une cinquième avait été proposée, mais fut rejetée; elle concernait les *dossiers en cours d'instruction*, le but étant d'éviter que de tels dossiers traînent alors de façon importante ou tout simplement échouent (*Doc. parl.*, Ch. repr., sess. ord. 1996-1997, n° 871/3, p. 2).

142. Dans le sens de la trilogie des droits reconnus aux administrés, soit de laisser consulter, de transmettre une copie ou de donner des explications relatives à un document administratif.

disposent pas, comme tout sujet de droit, en vue de remplir leur mission, de la faculté et de la possibilité effective de réfléchir, de s'informer, de décider sans subir la pression continue des quémandeurs d'information»¹⁴³.

Il ne suffit pas à l'autorité administrative de refuser l'accès en arguant de façon générale qu'un document administratif qui n'est pas terminé ou qui est incomplet ne peut pas être communiqué. La CADA pourra alors demander à cette autorité de préciser en quoi il existe un risque de malentendu¹⁴⁴. Refuser en des termes vagues et non circonstanciés ne convient donc pas à la CADA.

B. L'avis ou l'opinion communiquée librement et à titre confidentiel par un administré

Le législateur a voulu éviter la création d'un circuit parallèle d'avis informels, communiqués de façon confidentielle parce que leur auteur ne voulait pas que son identité ou son opinion devienne publique.

La protection ne vaut que pour les opinions personnelles et non pour les données de fait reprises dans les avis ou opinions¹⁴⁵. Ce n'est pas à la personne qui a transmis l'information qu'il appartient de décider si le document est communicable ou si, au contraire, il doit être maintenu secret, mais bien à l'autorité communale à laquelle ce document a été remis.

Peut-on faire une lecture *a contrario* de cette disposition relative à la communication *libre et facultative* d'un avis ou d'une opinion pour en conclure que lorsqu'une personne a l'*obligation* (et plus seulement la faculté) de transmettre certains renseignements à l'administration, elle peut exiger que ces informations restent secrètes¹⁴⁶? Les travaux préparatoires de la loi du 11 avril 1994 comme de la loi du 12 novembre 1997 n'en touchent mot et l'on ne peut prévoir comment réagira la juridiction éventuellement saisie sur ce point.

C. La demande manifestement abusive

Il ne faut pas faire manquer à la publicité son but essentiel: informer le citoyen sur la «chose publique» et non permettre à ce dernier de désorganiser complètement un service par des demandes relatives à d'innombrables documents nécessitant des recherches considérables¹⁴⁷ ou des demandes incessantes et farfelues.

Sur cette base pourraient être refusées, par exemple, les demandes de consultation de tous les marchés publics conclus par la commune depuis l'adoption de la législation spécifique relative aux marchés publics de travaux, de fournitures et de services.

D. La demande formulée de façon manifestement trop vague (les autorités requises pouvant cependant inviter le demandeur à préciser sa demande)

Le terme «manifestement» a été ajouté au cours des travaux préparatoires de la loi du 11 avril 1994 en vue d'éviter le recours trop fréquent à cette exception sous le prétexte d'un manque de clarté¹⁴⁸; mieux vaut ne pas offrir aux autorités des «procédés» leur permettant de vider la loi de sa substance par une application trop stricte du texte.

§ 2. Les exceptions obligatoires

Avant d'énumérer (point B) et de commenter (point C) les diverses exceptions obligatoires qui peuvent être opposées par une autorité communale à une demande d'accès, il paraît intéressant de s'arrêter à la technique légistique particulière utilisée par le législateur fédéral dans la loi du 12 novembre 1997 (point A).

A. La technique légistique du renvoi explicite à d'autres normes et «l'effet transversal»

L'article 7, alinéa 1^{er}, *in limine* établit que les motifs de refus énumérés dans la loi du 11 avril 1994 et dans les divers décrets et ordonnances communautaires et régionaux précités doivent être également pris en considération par l'autorité administrative communale confrontée à une demande d'accès à un document administratif dont elle dispose. Le texte parle d'exceptions établies par ces normes *pour des motifs relevant de l'exercice de leurs compétences*; ces législateurs sont en effet qualifiés, dans les limites de leurs compétences matérielles, pour énumérer et imposer de telles exceptions aux autres niveaux de pouvoir. On dira qu'elles ont un *effet transversal*. En réalité, et avant même l'adoption de la loi du 12 novembre 1997, les différentes normes fédérale et fédérées en matière de publicité précisaient déjà elles-mêmes souvent que les autorités administratives autres que les autorités administratives fédérales, communautaires, régionales (suivant le cas) doivent respecter tous les motifs d'exception en matière de publicité de l'administration basés sur leurs compétences respectives¹⁴⁹. Ces motifs étant assez similaires d'un texte à

143. E. JORION, «Rapport concernant la Belgique», *Le secret administratif dans les pays développés*, Paris, Cujas, 1977, p. 155.

144. Avis de la CADA, n° I/CTB/95/35 et 37.

Pour illustrer ce type de justification d'un refus de communication, voy. les avis de la CADA, n° I/CTB/94/43 et I/CTB/48.

145. Commentaire des articles, *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. ord. 1996-1997, n° 871/1, p. 7.

146. P. VAN DER PLANCKE, *o.c.*, p. 32.

147. Avis de la CADA, n° I/CAD/96/85.

148. *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. ord. 1992-1993, n° 1112/4, p. 3.

149. A l'exception du décret du Conseil flamand du 23 octobre 1991 et du décret du Conseil de la Communauté française du 22 décembre 1994; en ce qui concerne les autres normes: loi du 11 avril 1994, article 1^{er}, alinéa 1^{er}, b); décret de la Région wallonne du 30 mars 1995, article 1^{er}, →

l'autre¹⁵⁰, on se contentera ici d'énumérer ceux qui sont édictés dans la loi du 11 avril 1994, à l'article 6, §§ 1^{er} et 2. Parmi les exceptions, nombreuses sont celles qui risquent de ne jamais être d'actualité pour les autorités communales.

B. La liste des intérêts protégés

Les motifs se divisent en exceptions relatives (art. 6, § 1^{er}, de la loi du 11 avril 1994) et exceptions absolues (art. 6, § 2, de cette même loi).

1. Les exceptions relatives

La demande ne peut être rejetée que si et dans la mesure où l'importance de la publicité n'équivaut pas, dans le cas concret, aux intérêts énumérés ci-après. L'autorité saisie devra pour chaque demande contrebalancer l'intérêt de la publicité et l'intérêt protégé par le motif d'exception¹⁵¹.

La CADA a également précisé qu'il appartient à l'autorité administrative de déterminer *séparément pour chaque document* si l'intérêt protégé par l'article 6, § 1^{er}, alinéa 1^{er}, l'emporte sur le droit à l'information¹⁵².

1° La sécurité de la population

2° Les libertés et les droits fondamentaux des administrés

La position de cette exception parmi les exceptions *relatives* – impliquant une balance des intérêts en présence – a longtemps été discutée au parlement lors des débats relatifs à la loi du 11 avril 1994; ce qui a perturbé les ardens défenseurs des droits de l'homme est l'attribution à une autorité *administrative* du soin d'évaluer l'opportunité d'une ingérence dans l'exercice de droits

garantis par la Convention européenne des Droits de l'Homme¹⁵³. L'ingérence est constituée par la publicité de certains documents contenant des informations à caractère personnel: une telle divulgation est susceptible de porter atteinte au droit à la vie privée, aux droits à la liberté de conscience, d'opinion, de religion, d'expression, de réunion, d'association, ...¹⁵⁴. Or, cette Convention n'admet une ingérence dans les droits qu'elle protège que si elle est *nécessaire* (répondant à un besoin social impérieux) et *prévues par la loi*. La loi doit donc *expressément* stipuler dans quel cas et à quelles conditions l'ingérence est légitime. La généralité de la loi de 1994 a été jugée par certains insuffisante; en outre, il est difficile d'admettre cette immixtion de l'administration dans l'appréciation de l'admissibilité d'une restriction à un droit fondamental spécialement protégé.

Ce problème a été partiellement contourné en inscrivant parmi les exceptions *absolues* du § 2 de l'article 6 le droit au respect de la vie privée. Pour le surplus, le ministre de l'Intérieur et de la Fonction publique a craint qu'une telle modification en faveur de toutes les libertés et tous les droits fondamentaux ne limite trop le principe de publicité de l'administration (qui est, faut-il le rappeler, lui aussi un droit fondamental)¹⁵⁵.

3° Les relations internationales fédérales de la Belgique

4° L'ordre public, la sûreté ou la défense nationale

5° La recherche ou la poursuite de faits punissables

Par exemple, l'autorité communale peut se baser sur ce motif d'exception pour refuser de communiquer les procès-verbaux établis par les commissariats de police et les interrogatoires éventuels effectués par les agents du corps de police communale.

6° Un intérêt économique ou financier fédéral, la monnaie ou le crédit public

7° Le caractère par nature confidentiel des informations d'entreprise ou de fabrication communiquées à l'autorité

Cette exception est double, visant et les informations d'entreprise (sa liste de prix, sa clientèle, sa comptabilité, sa situation financière globale, ... – informations qui n'ont pas une valeur technique mais bien commerciale) et les informations de fabrication tendant à protéger la propriété intellectuelle; elle

→

alinéa 1^{er}, 2^o; ordonnance de la Région de Bruxelles-Capitale du 30 mars 1995, article 2, 2^o; décret de la Communauté germanophone du 16 octobre 1995, article 1^{er}, alinéa 1^{er}, b); décret de la Commission communautaire française de la Région de Bruxelles-Capitale du 11 juillet 1996, article 2; ordonnance de la Commission communautaire commune de la Région de Bruxelles-Capitale du 26 juin 1997, article 2, alinéa 2.

150. Il est curieux de constater que certains décrets ont établi des exceptions dans des domaines ne relevant pas de leur compétence. Ceci a été abondamment discuté lors des débats présidant à leur adoption en ce qui concerne le droit à la vie privée: cette exception est présente dans divers décrets alors que la protection de la vie privée relève de la compétence de l'autorité fédérale. Le Conseil d'Etat a systématiquement souligné cette incohérence (voy. notamment l'avis du Conseil d'Etat relatif au décret wallon du 30 mars 1995, *Doc. C.R.W.*, sess. ord. 1994-1995, 301, n° 1, p. 11).

151. «Le fait qu'un des intérêts, prévus dans cet article, est en jeu ne suffit pas pour que l'autorité soit automatiquement relevée de l'obligation de donner des renseignements ou de rendre public des documents administratifs. Cela ne peut être omis que lorsque l'intérêt de la publicité n'équivaut pas aux dommages que la publicité pourrait causer aux autres intérêts fondamentaux nommés» (Commentaire des articles de la loi du 11 avril 1994, *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. ord. 1992-1993, n° 1112/1, p. 15).

152. En l'espèce, des circulaires du ministère des Finances non publiées au *Bulletin des Contributions*, jurisprudence que nous nous permettrons d'étendre à tout document et à tout type d'exception, avis n° CTB 95/15.

153. L'article 32 de la Constitution habilite le législateur à fixer des exceptions au principe de publicité mais il est évident que le législateur belge, dans le souci de respecter ses obligations internationales, «doit entériner (les exceptions) qu'impose la Convention européenne des Droits de l'Homme et des Libertés fondamentales, notamment dans la protection de la vie privée», sous peine de se voir censurer par la Cour européenne des Droits de l'Homme (*Doc. parl.*, Ch. repr., sess. ord. 1992-1993, n° 1112/13, p. 9).

154. *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. ord. 1992-1993, n° 1112/2, pp. 14-15, n° 1112/9, p. 2 et n° 1112/15, p. 6 et *Doc. parl.*, Sén., sess. ord. 1993-1994, n° 999/2, pp. 21-22. Ces divers droits sont prioritaires par rapport au droit à la transparence puisqu'ils sont inscrits *textuellement* dans une norme supérieure de niveau international, alors que le droit d'accéder à l'information ne pourrait se déduire que d'une *interprétation évolutive* de l'article 10 de la Convention européenne des Droits de l'Homme (nous ne nous étendrons pas sur cette question par manque de place).

155. *Doc. parl.*, Sén., sess. ord. 1993-1994, n° 999/2, p. 22.

est plus étendue que le secret de fabrique et «a pour principal objectif de prévenir la concurrence déloyale entre les entreprises ou les autres personnes ayant des intérêts d'ordre commercial ou industriel»¹⁵⁶. Deux intérêts s'affrontent: d'une part, «l'intérêt de l'administration à disposer, à l'appui de sa politique, d'informations adéquates sur les entreprises relativement à leurs données fiscales et financières, au personnel, aux prix pratiqués et aux données comptables»¹⁵⁷; d'autre part, l'intérêt de l'entreprise à maintenir une certaine discrétion pour éviter qu'une utilisation abusive d'informations ne porte préjudice à sa position concurrentielle ou ne prête à l'espionnage industriel¹⁵⁸.

Sur base de cette exception, l'autorité communale va refuser, par exemple, la consultation des documents relatifs aux secrets de fabrication d'une firme qui exécute un marché public¹⁵⁹.

8° *Le secret de l'identité de la personne qui a communiqué le document ou l'information à l'autorité administrative à titre confidentiel pour dénoncer un fait punissable ou supposé tel*

«La publicité de l'administration s'arrête là où commence l'utilité de la délation»¹⁶⁰.

Cette exception est liée à la matière des poursuites pénales, compétence fédérale¹⁶¹. Elle a pour objectif d'éviter que certaines personnes renoncent à communiquer des faits punissables par crainte que la publicité permette de connaître leur identité et entraîne des représailles à leur encontre.

2. Les exceptions absolues

L'autorité saisie est tenue de rejeter la demande, sans devoir procéder à une balance des intérêts en présence, dans trois hypothèses.

1° *La publicité porte atteinte à la vie privée*

La demande de communication du document doit alors être rejetée par l'autorité, sauf si la personne concernée a préalablement donné son accord par écrit à sa consultation ou à sa communication sous forme de copie.

2° *La publicité porte atteinte à une obligation de secret instaurée par la loi*

L'administration communale est tenue de vérifier s'il existe une réglementation particulière interdisant ou limitant la publicité, réglementation qu'elle devra respecter. La CADA a eu l'occasion de préciser que «le renvoi à une jurisprudence plus ancienne (que la loi du 11 avril 1994) sur une situation

«de facto» ne fournit pas une argumentation valable pour refuser l'application du droit à la publicité passive des actes administratifs»¹⁶².

Cette question est examinée par François JONGEN dans cette même revue.

3° *La publicité porte atteinte au secret des délibérations du Gouvernement fédéral et des autorités responsables relevant du pouvoir exécutif fédéral ou auxquelles une autorité fédérale est associée*

Sont visées les délibérations ministérielles au niveau fédéral ou à laquelle est associée une autorité fédérale¹⁶³, ainsi qu'aux niveaux des Communautés et des Régions¹⁶⁴. Sont également visés les documents qui, même s'ils ne reproduisent pas textuellement et *in extenso* le contenu de la délibération, permettent de savoir ce qui a été dit ou décidé et portent par là atteinte au secret gouvernemental.

L'objectif poursuivi est de ne pas paralyser la discussion politique en protégeant le secret des délibérations de divers organes.

Le terme «délibération» doit être entendu dans un sens immatériel, c'est-à-dire qu'il y a délibération dès que la lecture du document «rend reconnaissable le contenu de la discussion tenue lors d'une délibération, alors qu'il s'agissait d'une discussion confidentielle»¹⁶⁵.

C. Commentaire

Quant aux exceptions relatives, ce sont essentiellement les exceptions numérotées 2 et 7 qui risquent d'intéresser particulièrement les communes.

A première vue, le caractère fondamental des intérêts supérieurs protégés par les divers motifs d'exception énumérés peut faire penser que l'intérêt de l'administré qui demande un document succombera systématiquement dans la balance des enjeux qui sera effectuée par l'autorité concernée. Il ne faut cependant pas s'arrêter à cette impression: en pratique, il est tout à fait possible que la communication d'un document déterminé soit essentielle pour un administré, tout en ne portant atteinte que de façon infime ou hypothétique à l'un des intérêts susmentionnés. Dans telle hypothèse, le principe de la publicité doit l'emporter.

La loi laisse un grand pouvoir d'appréciation aux autorités administratives saisies d'une demande d'accès à des documents; cette technique présente un aspect positif: la possibilité d'adaptation de la loi aux exigences du cas concret, puisque les exceptions ne sont pas figées mais qu'au contraire, l'autorité doit, dans chaque hypothèse présentée devant elle, faire la balance des intérêts en présence. Toute médaille ayant son revers, ce procédé présente également

156. Avis du Conseil d'Etat relatif à la loi du 11 avril 1994, *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. ord. 1992-1993, n° 1112/1, p. 35.

157. R. ERGEC, «La transparence administrative comme droit fondamental et ses limites», *A.P.T.*, 1993, p. 94.

158. *Ibid.*

159. Exemple cité dans le dépliant *Publicité de l'administration* distribué par INBEL.

160. F. JONGEN, *o.c.*, p. 782.

161. Avis du Conseil d'Etat relatif à la loi du 11 avril 1994, *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. ord. 1992-1993, n° 1112/1, p. 36.

162. Avis de la CADA du 15 septembre 1995 publié dans la *Rev. dr. const.*, 1996/1, p. 87.

163. Avis du Conseil d'Etat relatif à la loi du 11 avril 1994, *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. ord. 1992-1993, n° 1112/1, p. 37.

164. Voy. les diverses normes régionales et communautaires susmentionnées. Le décret flamand du 23 octobre 1991 ne prévoit pas une telle exception.

165. Commentaire des articles de la loi du 11 avril 1994, *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. ord. 1992-1993, n° 1112/1, pp. 18-19.

l'inconvénient d'exiger des autorités un travail important et délicat d'appréciation, qui prendra nécessairement plus de temps et qui occasionnera nécessairement plus de conflits que la «simple» application d'exceptions absolues.

On peut se demander d'ailleurs dans quelle mesure il est admissible que des autorités administratives disposent d'une telle faculté d'appréciation dans toutes ces matières sensibles; ce qui est encore plus surprenant est que des autorités locales soient amenées à juger de l'intérêt de la divulgation de documents relatifs directement ou indirectement à des matières de compétence fédérale, communautaire ou régionale¹⁶⁶.

Cette appréciation des intérêts en présence par les autorités communales s'opère sous le contrôle éventuel et ultérieur de la CADA, mais surtout du Conseil d'Etat¹⁶⁷.

Quant aux exceptions absolues, c'est le motif de refus lié à la vie privée qui intéresse plus particulièrement les communes.

Le second alinéa de l'article 7 précise que lorsque seule une partie du document est visée par une exception, la partie restante devra être communiquée au demandeur. Les parties non communicables devront être rendues illisibles lorsqu'elles sont contenues sur le même feuillet que des informations communicables.

SECTION 5. LE DROIT DE RECTIFICATION

L'article 7 de la loi du 12 novembre 1997 prévoit que lorsqu'un document administratif d'une autorité communale comprend des données incomplètes ou erronées concernant une personne, celle-ci peut exiger que des corrections y soient apportées gratuitement. Pour cela, il lui appartient de prouver les lacunes ou inexactitudes du document ou du dossier en produisant des pièces faisant office de preuve de ce qu'elle avance¹⁶⁸.

Ce droit de rectification présente un intérêt pour l'administré bien sûr, qui évitera que des données inexacts circulent sur son compte, mais aussi pour l'administration, qui verra croître la fiabilité et l'utilité des documents dont elle dispose¹⁶⁹.

Quelles sont les informations qui peuvent faire l'objet d'une rectification? Le texte parle d'«informations la concernant» (la personne demanderesse de la rectification). Un administré qui s'était adressé à sa commune pour faire adapter l'atlas des chemins vicinaux, ayant constaté un empiètement sur son terrain, s'est vu refuser cette demande. Le motif avancé par sa commune était que l'obligation de rectification ne se rapporterait qu'aux informations ayant

trait à la personne elle-même et donc pas à sa propriété ni, en conséquence, à la grandeur du domaine public.

Le vice premier ministre et ministre de l'Intérieur a répondu¹⁷⁰ que le droit à la rectification d'un document administratif «ne se limite pas aux documents à caractère personnel mais s'étend également à d'autres documents administratifs, qui peuvent notamment concerner la propriété. Il est toutefois exigé que l'intéressé produise des preuves concluantes permettant à l'autorité (...) communale d'effectuer la rectification demandée sans qu'un examen complémentaire soit nécessaire et à la condition que la loi n'instaure pas une procédure spécifique pour la rectification des données qui s'avèrent imprécises»¹⁷¹.

La procédure d'introduction d'une demande de rectification d'un document n'est pas définie par la loi, contrairement à celle de demande d'accès à un document. A tout le moins, exiger un écrit est souhaitable. Les délais reconnus à l'autorité communale requise de rectifier un document administratif sont doublés, puisqu'elle est tenue d'effectuer un examen plus approfondi avant d'apporter les corrections adéquates: elle dispose donc de soixante jours pour rejeter, ajourner (au maximum de trente jours) ou faire droit à la demande (art. 8, al. 2, de la loi), toute décision nécessitant une motivation adéquate. Le silence de l'autorité communale s'interprète également comme un rejet de la demande, par définition non motivée, exactement comme en matière de demande d'accès (art. 8, al. 3, de la loi; cf. *supra*, pour les demandes d'accès)¹⁷².

Une obligation pèse sur l'autorité «incompétente» pour rectifier le document de signaler l'autorité administrative susceptible de le faire (art. 8, al. 4, de la loi).

Reste à noter une différence importante par rapport à la demande d'accès: l'article 8 ne reprend pas l'obligation de consigner dans un registre les demandes de rectification (contrairement à l'art. 6, al. a 3; *supra*); cet «oubli» est susceptible de créer des difficultés, puisqu'on ne pourra pas connaître avec certitude la date d'introduction de la demande de rectification et donc le délai endéans lequel l'autorité communale est tenue de statuer.

Ces modalités de rectification des documents organisées par la loi relative à la publicité ne portent pas atteinte aux procédures spécifiques préexistantes

166. *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. ord. 1992-1993, n° 1112/2, p. 21.

167. La problématique des recours est envisagée par Michel LEROY, auquel on renvoie ici.

168. Le demandeur «peut donc faire ajouter des documents manquants mais existants, sans pour autant pouvoir exiger un examen supplémentaire» (Commentaire des articles, *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. ord. 1996-1997, n° 871/1, p. 8).

169. *Ibid.*

170. Question n° 816 du 20 février 1998 de Monsieur H. VAN DIENDEREN, *Q.R.*, Ch. repr., sess. ord. 1997-1998, 20 avril 1998, pp. 17294-17296.

171. En l'espèce, le comité de remembrement a omis de faire adapter l'atlas des chemins vicinaux à l'emprise d'une partie de la parcelle du demandeur; ce comité a été entretemps dissous; en conséquence, la rectification sollicitée ne répond pas à l'exigence selon laquelle la rectification doit pouvoir être apportée sans examen complémentaire par la commune.

172. La rectification de documents administratifs ne semble pas poser de difficultés, à tout le moins au niveau des autorités administratives fédérales; une seule demande a été formulée en 1995 (avis n° I/CTB/94/53) et le rapport annuel 1996 de la Commission d'accès aux documents administratifs signale qu'aucune demande d'avis n'a été formulée en 1996 dans le cadre d'une demande de rectification conflictuelle (*Rapport annuel de la Commission d'accès aux documents administratifs, o.c.*, 1996, p. 5).

(art. 8, al. 1^{er}, seconde phrase). Signalons spécialement le droit de rectification prévu à l'article 12 de la loi relative à la protection de la vie privée à l'égard des traitements de données à caractère personnel du 8 décembre 1992, ainsi que la procédure de rectification des actes de l'état civil (C. civ., art. 101, et C. jud., art. 1383 à 1385).

Ludwig MOENS s'est demandé si le renvoi à d'autres législations organisant un droit de rectification concernait uniquement la *forme* de la demande ou bien la *procédure toute entière*¹⁷³. L'analyse des termes de l'avis du Conseil d'Etat relatif à la loi du 11 avril 1994¹⁷⁴ conduit cet auteur à privilégier la seconde thèse: la loi de 1994 renvoie à la procédure entière prévue par une autre norme. En conséquence, «*si une autre loi prévoit ses propres possibilités de recours, celles-ci deviennent applicables et doivent être mentionnées dans la décision*»¹⁷⁵.

L. MOENS constate par ailleurs que l'article 7 de la loi du 11 avril 1994 a peu de chance de s'appliquer fréquemment puisque ce sont des données personnelles qui font l'objet des demandes de rectification: s'applique alors l'article 12 de la loi du 8 décembre 1992 relative à la protection de la vie privée à l'égard des traitements de données à caractère personnel¹⁷⁶. Le même raisonnement vaut en ce qui concerne l'article 8 de la loi du 12 novembre 1997.

SECTION 6. LES RECOURS OUVERTS À L'ADMINISTRÉ INSATISFAIT

L'article 9 de la loi prévoit les modalités dans lesquelles un administré insatisfait de la réponse apportée à sa demande d'accès à un document ou de rectification de document peut faire valoir ses droits, ainsi que les autorités compétentes. Cette question est analysée de manière détaillée par Michel LEROY.

Chapitre 2. La publicité active

INTRODUCTION

La loi du 12 novembre 1997 comme la loi du 11 avril 1994¹⁷⁷ ont ajouté à la publicité à la demande de l'administré, telle que prévue par la Constitution (publicité *passive*), un second volet: la publicité sur initiative de l'autorité, appelée la *publicité active*. Il a semblé opportun en effet d'aller au-delà du prescrit constitutionnel, pour venir effectivement et efficacement à la rencontre

du citoyen sans attendre aucune initiative de sa part. On se doute que la «simple» adoption d'une norme reconnaissant un droit à une certaine communication des documents administratifs est insuffisante pour changer la mentalité de la population et l'amener à s'intéresser à la chose publique de façon plus dynamique. La progressivité – l'autorité va vers l'administré avant que lui-même n'ose aller vers elle – est alors apparue comme une exigence fondamentale afin de promouvoir une politique durable de transparence.

SECTION 1^{re}. LE CHAMP D'APPLICATION DES DISPOSITIONS RELATIVES À LA PUBLICITÉ ACTIVE

Sont soumises aux obligations de publicité active les autorités administratives communales telles qu'elles ont été définies ci-avant, dans l'étude de la publicité passive. De même, bénéficient de la publicité active tous les administrés de la commune, le terme administré étant entendu dans le sens large défini ci-avant.

SECTION 2. LE PRINCIPE

Les autorités administratives communales sont tenues de fournir, de leur propre initiative, des informations à la population, de manière compréhensive et surtout adaptée au public¹⁷⁸. Pour ce faire, la loi détaille à l'article 3 les obligations minimales en la matière (quatre modalités contraignantes), toute liberté étant laissée par ailleurs aux autorités pour prendre des mesures et initiatives plus poussées¹⁷⁹. Elles jouissent également d'une autonomie au niveau de la mise en œuvre de cette publicité active.

La volonté est donc claire: mettre en place une politique organisée de communication et d'information.

Le risque est cependant grand, lorsqu'une autorité publique instaure une politique «active» de communication et d'information, de tomber dans les travers d'une propagande déguisée¹⁸⁰. Il semble dangereux d'institutionnali-

178. Commentaire des articles, *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. ord. 1996-1997, n° 871/1, p. 3.

179. *Ibid.*

180. «*Trop*» de publicité peut également nuire à l'objectif initial de la publicité; cf. J. DE LUCAS, «Approches de la formulation juridique du principe de la publicité», *R.I.E.J.*, 1991-1992, p. 57: «*La publicité maximale – la transparence éblouissante (donc aveuglante) – de la démocratie «télévisuelle» n'est pas précisément et nécessairement une garantie de contrôle mais bien souvent, au contraire, une voie pour la manipulation*». Il faut à tout prix éviter toute forme de manipulation pour privilégier, au contraire, la transmission d'une image objective et complète de l'autorité publique.

Ce risque de propagande et de manipulation existe essentiellement en ce qui concerne la première modalité obligatoire définie par la loi (conception et réalisation d'une information officielle; cf. *infra*) mais également, de façon moindre, relativement à la seconde obligation (publication d'un guide).

«*Il y va d'abord tout simplement de la propagande qualifiée au profit d'un homme politique qui risque véritablement de polluer la communication publique. Vient ensuite le risque fondamental*

→

173. L. MOENS, «Publicité de l'administration», *Bulletin d'information de l'I.N.A.M.I.*, 31, 1994, pp. 153-154.

174. Avis du Conseil d'Etat relatif à la loi du 11 avril 1994, *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. ord. 1992-1993, n° 1112/1, p. 38.

175. *Ibid.*

176. Cette loi ayant été qualifiée par le ministre de l'Intérieur et de la Fonction publique de «*législation spécifique*» (*Doc. parl.*, Ch. repr., sess. ord. 1992-1993, n° 1112/13, p. 35).

177. Et comme les normes adoptées par les entités fédérées en matière de publicité.

ser l'information officielle et d'«hypercentraliser» toute information par l'instauration d'une forme de monopole de l'autorité. Cet écueil a été envisagé à de nombreuses reprises lors des travaux préparatoires de la loi du 11 avril 1994¹⁸¹. La pratique permettra de déceler le bon ou mauvais usage que font les diverses autorités de leur obligation d'informer le public.

SECTION 3. LES MODALITÉS D'APPLICATION

§ 1^{er}. Les quatre formes contraignantes envisagées par la loi¹⁸²

A. Conception et réalisation d'une information officielle (art. 3, 1^o, de la loi)

Le texte prévoit la désignation, dans chaque commune, d'un fonctionnaire chargé de concevoir et de réaliser l'information pour toutes les autorités dépendant de la commune. Ce même fonctionnaire est tenu de coordonner la publication du guide envisagé ci-après. Pour éviter la multiplication de fonctionnaires distincts pour chaque autorité communale, la loi prévoit qu'une seule personne sera compétente pour l'ensemble des autorités d'une même commune; elle demandera alors, si nécessaire, les informations relatives à telle demande auprès de l'autorité administrative communale compétente.

Le fonctionnaire désigné n'effectue évidemment pas lui-même les choix essentiels en matière de politique d'information de l'institution; il se conforme

→
d'une opération de légitimation d'actions discutables et discutées sur le plan politique, sans négliger la tentation du mensonge organisé qui est toujours à craindre ... (...) La communication publique doit nécessairement plutôt expliquer et convaincre que vendre et séduire de manière superficielle» (Ph. DE BRUYCKER, «La communication des administrations publiques», A.P.T., 1992, pp. 141-142).

181. Notamment *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. ord. 1992-1993, n° 1112/2, p. 7. Certains parlementaires proposaient même de supprimer ce volet «actif» de la publicité pour le remplacer par une ouverture plus grande aux médias, accompagnée d'une prohibition de toute propagande officielle; c'est en effet la mission de la presse de s'informer et d'informer les citoyens et, dans cette optique, il faut lui ouvrir grandes les portes de l'administration. Monsieur le député BERTOUILLE a ainsi souligné les deux sens bien distincts du terme «publicité»: la publicité vise, d'une part, «ce qui a un caractère public», d'autre part, consiste en «l'art d'exercer une action psychologique sur le public pour l'amener à adhérer ou à approuver une opinion» (publicité commerciale, propagande officielle de certains régimes politiques, ...). Dans sa seconde acception, une publicité officielle émanant des pouvoirs publics ne sera jamais objective: on peut douter en effet que l'administration souligne et porte à la connaissance de tous ses erreurs, dysfonctionnements, insuffisances ... Bien au contraire, on s'attendra à une forme de plaidoyer de l'administration, mettant en évidence ses réussites et défendant ses prises de position, donnant le point de vue subjectif des autorités. Une telle propagande officielle ne peut que devenir un instrument de désinformation, et ce d'autant plus lorsqu'elle émane d'une instance spécialisée dans la conception et la réalisation de l'information. En outre, n'y a-t-il pas là concurrence à la presse indépendante avec l'argent du contribuable (*Doc. parl.*, Sén., sess. ord. 1993-1994, n° 999/2, p. 15)? C'est donc le premier sens du terme publicité qu'il faut privilégier.

182. François JONGEN qualifie les deux premiers de procédés «macro-informatifs» et les deux suivants de «micro-informatifs» (in *J.T.*, o.c., p. 781).

aux instructions qui lui sont données par l'autorité locale à laquelle il appartient et est soumis¹⁸³.

La compétence pour exercer les missions de fonctionnaire de l'information (publicité active) et la compétence pour statuer sur les demandes d'accès (publicité passive) ne peuvent évidemment être exercées par la même personne/le même organe; en effet, ces deux rôles bien distincts impliquent une mentalité radicalement différente, l'un ayant pour objectif une diffusion la plus large possible de l'information, l'autre la protection de certains intérêts fondamentaux et supérieurs. On rappelle que c'est le collège des bourgmestre et échevins qui statue sur les demandes d'accès. Selon les informations transmises par le ministre de l'Intérieur¹⁸⁴, la nature des tâches confiées (principalement des tâches de conception) et leur importance imposent que le fonctionnaire de l'information, quant à lui, soit désigné parmi les personnes revêtues d'un grade équivalent à ceux du niveau 1 des agents de l'Etat, sans nécessairement être choisi parmi les fonctionnaires dits légaux (secrétaire communal ou receveur communal)¹⁸⁵. Il serait préférable que ce fonctionnaire ait la qualité de membre statutaire du personnel de l'administration communale¹⁸⁶.

B. Document descriptif des compétences et de l'organisation (art. 3, 2^o, de la loi)

Le *secundo* de l'article 3 de la loi impose à chaque commune la publication d'un document, à mettre à la disposition de toute personne qui le demande, et contenant une description des compétences et de l'organisation interne (du «fonctionnement») de toutes les autorités administratives qui dépendent d'elle. L'objectif poursuivi est de permettre au public de savoir de quel service et de quel agent relève une matière déterminée, ce qui lui évitera d'entamer une longue recherche avant de savoir à qui s'adresser. Outre les compétences et l'organisation du fonctionnement, il est souhaitable que ce guide contienne d'autres données utiles au public (exemple: les heures d'ouverture des services en contact direct avec le public)¹⁸⁷.

Il n'est pas inutile de rappeler que cette publication doit comprendre également les personnes de droit privé assimilées à des autorités administratives en vue de l'application de la loi (*supra*).

On peut regretter qu'aucune sanction n'ait été prévue par le législateur dans l'hypothèse où une commune ne respecte pas son obligation de publication

183. Avis du Conseil d'Etat sur l'avant-projet de loi, *Doc. parl.*, sess. ord. 1996-1997, n° 871/1, p. 17.

184. Lettre du 13 mai 1998 du ministre de l'Intérieur Louis TOBBACK à Monsieur le Bourgmestre de la ville d'Ottignies-Louvain-la-Neuve, aimablement transmise par Monsieur Alain CHEVALLIER.

185. Certaines administrations communales ont désigné d'office le secrétaire communal pour assurer cette mission; vu l'importance des missions déjà assumées par celui-ci, il ne semble pas que cela soit la solution idéale.

186. A l'heure actuelle, plus ou moins 40 % du personnel communal est engagé sur base contractuelle.

187. Commentaire des articles, *Doc. parl.*, sess. ord. 1996-1997, n° 871/1, p. 4.

d'un document explicatif; comment va-t-on pouvoir la «forcer» à se conformer à cette exigence légale? L'application du texte va-t-elle être soumise à la bonne volonté de chaque commune et à son attachement à la transparence? L'avenir nous éclairera sur ces différentes questions. Dans l'hypothèse d'une mauvaise volonté patente de la commune, l'autorité de tutelle pourra toujours l'enjoindre de se conformer à ses obligations légales¹⁸⁸.

En pratique, de nombreuses communes ont déjà établi de tels organigrammes reprenant l'ensemble des services offerts, les modalités concrètes, ... et portés à la connaissance des citoyens par un bulletin communal distribué aux habitants.

C. Identification du fonctionnaire ou de l'agent compétent pour fournir des informations sur le dossier (art. 3, 3°, de la loi)

Le *tertio* de l'article 3 de la loi aborde la personnalisation de l'interlocuteur: des données concernant le fonctionnaire apte à donner de plus amples informations sur le dossier doivent impérativement figurer sur toute correspondance¹⁸⁹.

Le texte a malheureusement à nouveau omis de prévoir une sanction à charge de l'autorité qui ne respecte pas cette obligation; on peut cependant considérer qu'il s'agit là d'une formalité substantielle (puisqu'instaurée dans l'intérêt de l'administré) dont la violation est susceptible d'entraîner l'annulation de l'acte administratif¹⁹⁰. La difficulté réside alors dans la distinction de l'acte administratif qui doit être annulé; il est raisonnable de considérer qu'il s'agit de l'acte administratif qui est porté à la connaissance de l'administré par la correspondance litigieuse.

Les conséquences au niveau de la responsabilité des fonctionnaires et agents sont-elles modifiées? Les travaux préparatoires permettent de répondre par la négative: cette nouvelle disposition ne change rien à la responsabilité de l'organe. L'identification du fonctionnaire n'implique donc pas une prise en charge personnelle de la responsabilité de l'acte¹⁹¹.

D. Indications relatives aux recours (art. 3, 4°, de la loi)

En vertu de l'article 3, *quarto*, de la loi, toute notification à un administré d'un acte administratif à portée individuelle doit indiquer certaines mentions relatives:

188. Tutelle coercitive, articles 10 à 12 du décret du Conseil régional wallon du 20 juillet 1989 organisant la tutelle sur les communes, les provinces et les intercommunales de la Région wallonne, *M.B.*, 8 septembre 1989, p. 15 487.

189. Il s'agit de son nom, de sa qualité, de son adresse et de son numéro de téléphone.

190. Le Conseil d'Etat considère comme substantielles, outre les formes qui touchent à l'ordre public et celles prescrites dans l'intérêt des personnes publiques qui se présentent à la barre comme requérantes, les «formes qui sont prescrites dans l'intérêt des administrés ou d'une catégorie d'administrés (...) ou, à plus forte raison, les formes requises à la fois dans l'intérêt des administrés et de l'administration elle-même» (J. SALMON, *o.c.*, pp. 422 à 424).

191. *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. ord. 1996-1997, n° 871/1, p. 4.

- aux diverses voies de recours ouvertes;
- aux instances compétentes pour en connaître;
- aux formes et délais à respecter.

La sanction prévue en cas de défaut d'application de ces modalités est la non-prise de cours du délai pour introduire le recours¹⁹².

L'objectif est à nouveau la protection accrue de l'administré: pour faire valoir adéquatement ses droits, pour défendre ses intérêts, il est nécessaire que chaque citoyen connaisse les instances auprès desquelles il peut introduire un recours.

Un parallélisme doit être fait avec l'alinéa 2 de l'article 19 des lois coordonnées sur le Conseil d'Etat, qui dispose que «les délais de prescription pour les recours visés à l'article 14, alinéa 1^{er}, ne prennent cours que si la notification par l'autorité administrative de l'acte ou de la décision à portée individuelle indique l'existence de ces recours ainsi que les formes et les délais à respecter»¹⁹³.

§ 2. Les autres initiatives des autorités

Comme précisé clairement dans les travaux préparatoires, les quatre mesures édictées par la loi, en son article 2, sont des obligations *minimales* s'imposant à toutes les communes; rien n'empêche cependant d'autres initiatives prises par telle autorité communale et peut-être mieux adaptées à son public ou à la matière traitée («la forme et l'ampleur de la politique d'information doit pouvoir varier selon les nécessités»¹⁹⁴).

Que peut-on envisager comme mesure supplémentaire? Par exemple la désignation d'un agent exclusivement chargé d'expliquer la portée de tous les

192. C'est le Conseil d'Etat qui a estimé utile d'introduire cette sanction en cas de non-respect de l'obligation d'indiquer les voies de recours, lors des débats relatifs à la loi du 11 avril 1994; on le sait, sans la menace de la sanction, les textes ont peu de chance d'être correctement appliqués par les autorités (Avis du Conseil d'Etat sur l'avant-projet de la loi du 11 avril 1994, *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. ord. 1992-1993, n° 1112/1, p. 32).

193. Lors de l'élaboration de la loi du 11 avril 1994 était apparue la nécessité de modifier les lois coordonnées sur le Conseil d'Etat en ce sens (*Doc. parl.*, Ch. repr., sess. ord. 1992-1993, n° 1112/2, pp. 9 et s.). En effet, le renforcement des droits de la défense impliquait qu'aucune discrimination ne soit faite selon que la décision ou l'acte contesté émane d'une autorité fédérale, communautaire, régionale ou locale. Il est donc apparu préférable que l'article 19 des lois coordonnées sur le Conseil d'Etat (matière fédérale) soit directement modifié plutôt que d'introduire cette disposition relative à l'indication des recours dans la loi du 11 avril 1994 sur la transparence. Un autre argument a plaidé en faveur de cette solution: la législation relative au Conseil d'Etat est une législation *bicamérale*. Par contre, la législation relative à la publicité de l'administration est une législation soumise à l'article 78 de la Constitution. Pouvait-on admettre l'introduction de règles relatives au Conseil d'Etat dans une législation qui n'est pas bicamérale? La loi du 11 avril 1994 a cependant été plus loin que cet article 19 des L.C.C.E., puisque c'est non seulement le recours au Conseil d'Etat qui est visé, mais également tout autre recours susceptible d'être formé à l'encontre d'une décision ou d'un acte individuel.

194. *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. ord. 1996-1997, n° 871/1, p. 4.

textes adoptés par l'autorité communale ou d'un agent chargé d'accueillir et de diriger les citoyens vers le bon service¹⁹⁵.

Il serait également souhaitable que chaque autorité communale veille à rédiger les documents administratifs (au moins les communications individuelles ou collectives destinées directement au public, et non tout document administratif susceptible d'être consulté) dans un langage clair et compréhensible pour la plupart des administrés¹⁹⁶.

Le législateur belge n'a malheureusement pas suivi l'exemple de son voisin (et modèle en la matière) français, qui impose la *signalisation régulière des documents administratifs*¹⁹⁷. Cette obligation est satisfaite, en ce qui concerne les documents non publiés, par «*la publication de la référence desdits documents qui doit comporter leur titre, leur objet, leur date, leur origine ainsi que le lieu où ils peuvent être consultés ou communiqués*».

Il est certain que cette signalisation contribue effectivement et efficacement à accroître la transparence, tout en constituant un préalable à la publicité passive: comment peut-on en effet imaginer qu'un administré demande à consulter un document administratif dont il n'a pas la moindre idée de l'existence?

Ce repérage des documents est également fondamental pour aider le demandeur qui connaît l'existence d'un document sans pouvoir l'identifier et le définir clairement, et ce d'autant plus que le législateur belge comme la jurisprudence française permettent de rejeter les demandes de communication de documents formulées de façon manifestement trop vague¹⁹⁸.

§ 3. Les rétributions

L'article 4 de la loi permet aux communes de réclamer une rétribution au citoyen qui demande à recevoir le guide informatif visé au *secundo* de l'article 3.

Ceci ne porte pas atteinte au principe selon lequel l'accès à l'information est gratuit, la rétribution demandée dans des hypothèses exceptionnelles ne pou-

vant en aucun cas être prohibitive ni faire obstacle au bon fonctionnement de la publicité et ne pouvant jamais excéder le prix coûtant¹⁹⁹.

C'est le conseil communal qui est chargé de fixer le montant réclamé pour l'obtention du guide.

Chapitre 3. Problématiques diverses liées à l'application de la loi

On examine ici rapidement quelques questions particulières réglées par la loi ou clarifiées lors des travaux préparatoires²⁰⁰.

SECTION 1^{re}. L'UTILISATION DES DOCUMENTS OBTENUS

En vertu de l'article 11 de la loi du 12 novembre 1997, les documents administratifs obtenus en application de la loi ne peuvent être ni diffusés ni utilisés à des fins commerciales, et ceci afin d'éviter les abus. Dans un premier temps, on s' imagine que toute transmission des données reçues en application de la loi est à promouvoir, afin d'atteindre plus rapidement encore les objectifs de transparence de l'administration²⁰¹. Cependant, il serait inadmissible qu'une loi visant à garantir au citoyen la publicité des documents administratifs soit détournée à des fins lucratives par des personnes ou des entreprises privées; de même, il paraît inconcevable qu'un citoyen doive payer des tiers pour obtenir des informations mises gratuitement à la disposition de tous par la loi²⁰².

Le texte néerlandais de l'article 11 est source de difficultés d'interprétation²⁰³: en effet, une virgule est malencontreusement placée entre les termes «niet verspreid» et «noch gebruikt». Ceci laisserait penser qu'est interdite *toute diffusion*, même si elle ne poursuit pas de fin commerciale. Cependant, la *ratio legis* du texte doit permettre de limiter la portée de l'interdiction à la diffusion à des fins commerciales²⁰⁴.

Si l'on comprend bien ces diverses justifications, il nous appartient cependant d'étudier la portée de l'interdiction. Est-elle *absolue*, tout usage commer-

195. *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. ord. 1992-1993, n° 1112/3, p. 11; *Doc. parl.*, Sén., sess. ord. 1993-1994, n° 999/2, p. 49.

196. Modalité de publicité active expressément prévue par le décret flamand du 23 octobre 1991 relatif à la publicité des documents administratifs dans les services et établissements de l'Exécutif flamand (o.c.), à l'article 6.

197. Article 9 de la loi n° 78-753 du 17 juillet 1978 (o.c.) et article 5 du décret n° 79-834 du 22 septembre 1979.

198. Guide de l'accès aux documents administratifs, o.c., pp. 93-94. Voy. l'article 7, 4°, de la loi belge et la jurisprudence constante de la CADA française. On notera cependant que cette obligation de signalisation n'est pas toujours parfaitement exécutée par les administrations françaises (délais très longs, informations relatives aux documents insuffisantes, ...) et qu'elle implique un surcroît de travail considérable.

199. *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. ord. 1996-1997, n° 871/1, p. 5. Celui-ci peut tenir compte des frais de personnel, frais de port, ... (*Doc. parl.*, Ch. repr., sess. ord. 1992-1993, n° 1112/13, p. 49).

200. Seront laissées de côté, d'une part, la problématique des droits d'auteur, d'autre part, celle de la coexistence de textes normatifs organisant une publicité plus ou moins étendue de l'administration, envisagées toutes deux par ailleurs respectivement par A. STROWEL et F. JONGEN.

201. Comme le souligne la CADA dans son rapport 1994-1995, de nombreuses informations d'intérêt général doivent pouvoir être diffusées (*Rapport annuel de la Commission d'accès aux documents administratifs*, 1994-1995, o.c., p. 20).

202. *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. ord. 1992-1993, n° 1112/11, p. 3.

203. Comme l'est d'ailleurs le texte néerlandais de l'article 10 de la loi du 11 avril 1994, identique.

204. Opinion partagée par la CADA (*Rapport annuel de la Commission d'accès aux documents administratifs*, 1994-1995, o.c., p. 5 et *Rapport annuel de la Commission d'accès aux documents administratifs*, 1996, o.c., p. 7). La CADA soulève une autre question problématique: peut-on admettre *totalelement librement* la diffusion non commerciale, alors que certains documents n'ont pu être obtenus qu'à la suite de la justification d'un intérêt personnel ou d'une balance des intérêts en présence par l'autorité administrative?

cial des données reçues, quel qu'il soit, étant proscrit, ou *relative*, seule la commercialisation des données à l'état brut étant interdite²⁰⁵. Ni le texte de loi ni les travaux préparatoires ne nous fournissent d'indication à cet égard.

La CADA française interprétait au départ de façon très restrictive cette prohibition; aujourd'hui, par contre, elle adopte une position plus nuancée qui peut nous inspirer avec fruit: la loi ne fait «pas obstacle à la diffusion, même à titre onéreux, d'informations provenant de documents administratifs lorsque celles-ci sont, soit publiées sous une forme élaborée, soit incluses dans une publication à côté d'autres informations»²⁰⁶.

En quelque sorte, les données peuvent être commercialisées non pas à l'état brut, mais avec une certaine «plus-value» intellectuelle ou artistique.

L'interdiction de diffusion et d'utilisation à des fins commerciales n'est pas assortie d'une sanction particulière dans la loi, contrairement au texte de certaines normes adoptées au niveau des entités fédérées²⁰⁷. En l'absence d'une quelconque forme de répression spécifique prévue par la loi, on peut se demander dans quelle mesure cette interdiction sera respectée... On n'oubliera pas cependant qu'au niveau civil à tout le moins, une faute est commise par la personne physique ou morale qui diffuse ou utilise à des fins commerciales les données reçues en violation de la loi, la victime éventuelle pouvant réclamer réparation du préjudice qu'elle subit par ce fait (C. civ., art. 1382 et 1383; dommages et intérêts).

SECTION 2. LA COMPATIBILITÉ AVEC LES DISPOSITIONS LÉGALES RELATIVES AUX ARCHIVES²⁰⁸

Quel régime appliquer aux documents déposés aux archives? En principe, tous les documents administratifs sont publics, mais il faut éviter que la législation relative aux archives constitue une entrave à la publicité. Il est bien difficile cependant de découvrir la législation applicable en matière d'archives²⁰⁹;

205. F. JONGEN considère qu'il s'agit là d'une interdiction absolue qui est exagérée; «il eût paru plus conforme à la liberté du commerce et de l'industrie d'établir éventuellement des conditions financières différentes en cas d'utilisation commerciale des données de l'administration que de l'interdire de façon absolue» (o.c., p. 783).

Quant à nous, nous considérons cette interdiction comme relative (voy. *infra*).

206. CADA, *L'accès aux documents administratifs*, 8^e rapport d'activité, Paris, La Documentation française, 1995, p. 22.

207. Décret du Conseil de la Communauté française du 22 décembre 1994 relatif à la publicité de l'administration, article 10, et décret de la Commission communautaire française de la Région de Bruxelles-Capitale du 11 juillet 1996 relatif à la publicité de l'administration, article 12.

208. Pour la rédaction de cette section, tous nos remerciements vont à Monsieur D. VAN OVERSTRAETEN, Chef du département «Hainaut-Namur-Brabant wallon» des Archives de l'Etat, pour les précieuses informations transmises.

209. Les travaux préparatoires stipulent que la loi de 1997 «ne modifie en rien les règles qui disposent si, quand et comment un document administratif doit être déposé dans des archives déterminées» (Commentaire des articles, *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. ord. 1996-1997, n° 871/I, p. 11). Quelles règles sont visées? On déplore que les travaux préparatoires pèchent par manque de précision à cet égard.

autre cet obstacle premier, on peut constater que les dispositions applicables, spécialement en matière d'archives communales, sont loin d'être claires et cohérentes. D'autre part, nulle définition légale de la notion d'archive n'existe encore, à l'heure actuelle²¹⁰. Enfin, le régime archivistique des communes est particulier et mérite qu'on y apporte quelques éclaircissements.

§ 1^{er}. Vers une définition légale de la notion d'archive?

Les archives sont généralement définies par les praticiens comme tous les documents, quel que soit leur support, leur date ou leur forme matérielle, créés ou reçus et conservés par tout organisme, personne physique ou personne morale, dans l'exercice de ses fonctions ou activités²¹¹. Des projets et propositions de loi relatifs aux archives élaborés ces dernières années et ayant pour ambition de reformuler complètement les règles applicables en la matière comprennent notamment une définition précise de la notion, en substance identique à celle que nous avons retenue²¹².

§ 2. Bref relevé de la législation applicable en matière d'archives communales

Les normes relatives aux archives sont peu nombreuses et disséminées. Outre les décrets révolutionnaires²¹³, toujours en vigueur mais sur lesquels nous ne nous arrêterons pas, et la loi du 12 novembre 1997 qui nous occupe, les sources normatives essentielles sont la loi du 24 juin 1955 relative aux archives²¹⁴, ses trois arrêtés d'exécution²¹⁵ et l'article 132 de la nouvelle loi communale.

210. A ce propos, voy. F. SCHRAM, «Het begrip «bestuursdocument» als grondslag voor een nieuwe archiefregelgeving in België», *Tweemaandelijks Tijdschrift van de VVBAD*, Edegem, 1998, pp. 160-168.

211. D. VAN OVERSTRAETEN, «La communicabilité des archives: survol de la législation belge», *Actes de la journée d'étude franco-belge sur «Les archives contemporaines et le droit à l'information» organisée aux Archives de l'Etat à Mons le 8 juin 1995*, Bruxelles, éd. par J. NAZET et J.-P. VINCENT, 1996, pp. 25-26.

212. Sans vouloir être exhaustif, on citera: la proposition de loi déposée par Madame S. CREYF à la Chambre le 22 novembre 1995 ainsi que les propositions d'amendements, *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. ord. 1995-1996, n° 258/I à 258/5; l'avant-projet de loi élaboré par le ministre de la Politique scientifique Y. YLIEFF en 1997 et modifié en juillet 1998, non publié officiellement.

213. Décret du 7 messidor an II (25 juin 1794 – *Pasin.*, 1794-1795, p. 202) et loi du 5 brumaire an V (26 octobre 1796 – *Pasin.*, 1795-1797, p. 432).

214. *M.B.*, 12 août 1955, p. 4900.

215. A.R. du 12 décembre 1957 concernant l'exécution de la loi du 24 juin 1955 relative aux archives (*M.B.*, 20 décembre 1957, p. 9096), A.R. du 9 mai 1969 modifiant l'A.R. du 12 décembre 1957 concernant l'exécution de la loi du 24 juin 1955 relative aux archives (*M.B.*, 19 septembre 1969, p. 8761) et A.R. du 5 avril 1995 modifiant l'A.R. du 12 décembre 1957 concernant l'exécution de la loi du 24 juin 1955 relative aux archives (*M.B.*, 15 novembre 1995, p. 31 397).

Avant l'entrée en vigueur de la loi du 24 juin 1955, les communes organisaient elles-mêmes et comme elles le souhaitaient la conservation des documents qu'elles produisaient ou recevaient. Seul s'appliquait, et s'applique toujours, l'article 132 (anciennement article 100) de la nouvelle loi communale, qui se limite à imposer la garde des archives et à les placer sous la responsabilité du collège des bourgmestre et échevins, toute distraction ou vente de documents de la commune étant interdite.

En 1955 est apparue la nécessité d'organiser un régime archivistique précis afin de «sauvegarder» les documents des autorités publiques, qui avaient une fâcheuse tendance à disparaître ou à se perdre dans la masse des informations détenues. Au niveau communal notamment, on pouvait constater que les autorités ne géraient pas ou pas correctement leurs archives, avec les conséquences préjudiciables qui en résultaient (perte d'informations importantes du point de vue administratif, historique, culturel, ...).

C'est dans ce contexte qu'a été adoptée la loi du 24 juin 1955 relative aux archives.

L'article 1^{er} stipule que *peuvent* être déposées aux Archives de l'Etat les archives des communes datant de plus de 100 ans ou de moins de 100 ans mais ne présentant plus d'utilité administrative. En outre, *doivent* y être déposées celles qui ne sont pas conservées dans le respect de l'article 132 de la nouvelle loi communale. Cette dernière disposition représente une véritable mesure de sanction à l'encontre des communes qui n'assurent pas correctement et régulièrement la gestion et la garde de leurs documents. L'article 6 ajoute que les archives des communes sont placées sous la surveillance des Archives de l'Etat. Dans cette optique, ont été mis en place des services d'inspection des archives qui veillaient spécifiquement au respect par les communes de leurs obligations légales en matière d'archives. Depuis 1988, ces services ont été supprimés et leur mission est exercée directement par les seize dépôts d'archives de l'Etat, répartis dans tout le pays.

Ceci laisse donc aux communes deux possibilités: soit elles décident de gérer elles-mêmes leurs archives, en respectant scrupuleusement les obligations légales définies par les diverses normes susmentionnées, soit elles préfèrent déposer leurs documents aux Archives générales de l'Etat. Dans cette seconde hypothèse, un «contrat de dépôt et de transfert» est conclu par la commune avec l'archiviste général du royaume²¹⁶.

216. A.R. du 12 décembre 1957 concernant l'exécution de la loi du 24 juin 1955 relative aux archives, articles 5 et 6, A.R. du 9 mai 1969 modifiant l'A.R. du 12 décembre 1957 concernant l'exécution de la loi du 24 juin 1955 relative aux archives, article unique, et A.R. du 5 avril 1995 modifiant l'A.R. du 12 décembre 1957 concernant l'exécution de la loi du 24 juin 1955 relative aux archives, article unique.

Si, autrefois, la grande majorité des communes privilégiait le dépôt aux Archives générales de l'Etat²¹⁷, la tendance est inversée depuis le milieu des années 1980, l'encombrement des Archives générales de l'Etat amenant cet établissement scientifique fédéral à inciter les communes à la prise en charge de la gestion de leurs propres documents.

La gestion des archives communales est confiée au collège des bourgmestre et échevins par la nouvelle loi communale²¹⁸. Le collège cumule donc la compétence de traiter les demandes d'accès et de gérer les archives de la commune. L'article 12, alinéa 2, de la loi du 12 novembre 1997 stipule que le collège doit coopérer à l'application de la loi, ce qui semble aller de soi, au vu de ses responsabilités ci-avant rappelées, chaque fois que la commune gère elle-même ses archives.

§ 4. La législation relative aux archives face à la publicité passive

Cette question est extrêmement complexe et peu de certitudes peuvent être avancées ici. On déplore surtout le manque de clarté des textes légaux et les contradictions internes que présentent les travaux préparatoires de la loi du 12 novembre 1997 à cet égard.

L'article 12 de la loi du 12 novembre 1997 tente de régler la problématique comme suit.

L'alinéa 1^{er} précise que les documents administratifs restent accessibles dans les conditions définies par la loi, même lorsqu'ils sont déposés dans des archives par la commune. Ainsi, ces documents doivent faire l'objet d'une demande d'accès et leur communication peut être refusée pour certains motifs examinés ci-avant; un recours est alors ouvert à l'administré insatisfait. Cet alinéa 1^{er} ne distingue pas selon que les documents sont archivés par la commune en son sein ou déposés aux Archives de l'Etat. Cependant, la lecture de l'alinéa 3 semble conduire²¹⁹ à restreindre la portée de l'alinéa 1^{er} aux documents qui sont archivés par la commune en son sein. Si les documents communaux sont déposés aux Archives de l'Etat, l'alinéa 3 de l'article 12 paraît en effet instaurer un régime distinct, lorsqu'il stipule que «*les alinéas 1^{er} et 2 ne s'appliquent pas aux Archives générales du Royaume ou aux Archives de l'Etat dans les provinces, auxquelles les dispositions légales relatives aux archives restent entièrement d'application*». Cela signifie-t-il que les documents communaux déposés aux Archives de l'Etat sont accessibles non pas dans les conditions définies par la loi du 12 novembre 1997, mais dans celles définies dans la loi du 24 juin 1955? C'est ce qu'affirment les travaux préparatoires en ces termes: «*La publicité des documents qui s'y trouvent (aux Archi-*

217. Du moins à partir du moment où les archives ont perdu leur caractère dynamique, vivant, c'est-à-dire à partir du moment où elles ne sont plus nécessaires au travail quotidien de la commune.

218. Article 132 de la nouvelle loi communale. Cette disposition ne précise pas le lieu matériel de conservation des archives (maison communale, école communale, local du conseil communal, ...); c'est donc le collège qui décidera de leur localisation.

219. Voy. la critique formulée *infra*.

ves de l'Etat) *se fera donc toujours selon les règles spécifiques qui valent pour ces Archives*²²⁰. Cependant, les travaux préparatoires sont loin d'être univoques sur cette question, comme on s'en rendra compte ci-après. En outre, la loi du 24 juin 1955 ne prévoit des modalités d'accès que pour les documents déposés en application de son article 1^{er}, alinéa 1^{er}²²¹, et non en application de son article 1^{er}, alinéas 2 et 3 (documents déposés par les communes). Enfin, un autre extrait des travaux préparatoires de la loi du 12 novembre 1997, qui précise le sens à donner à l'alinéa 3 de l'article 12 (la loi «*ne modifie en rien les règles qui disposent si, quand et comment un document administratif doit être déposé dans des archives déterminées*»)²²², paraît limiter la référence qui est faite à la loi de 1955 à la problématique des *conditions de dépôt* des archives et nullement à la problématique des *modalités d'accès* à un document administratif archivé.

Que conclure de cet *imbroglio* juridique?

Divers arguments nous conduisent à considérer que les documents administratifs communaux archivés aux Archives de l'Etat doivent être accessibles selon les modalités définies aux articles 5 à 9 de la loi du 12 novembre 1997, et non selon les dispositions normatives particulières aux archives²²³, quoi que stipulent l'article 12, alinéa 3, et *certain*s paragraphes des travaux préparatoires.

Tout d'abord, l'esprit de la loi du 12 novembre 1997 commande une telle solution: la loi tend à limiter les hypothèses dans lesquelles une autorité peut refuser l'accès à un document et à entendre largement l'accès aux documents. Plus précisément, citons cet extrait des commentaires de l'article 12: «*Si l'on considère que, en principe, tous les documents administratifs sont susceptibles de publication, il faut éviter que l'application de la présente loi ne soit entravée par la législation sur les archives. Il serait illogique de soustraire à la publicité par leur dépôt aux archives les documents qui, aussi longtemps que l'autorité provinciale ou communale en était dépositaire, étaient publics. (...) L'autorité administrative communale ou provinciale qui a déposé aux archives les documents dont la publication est demandée décide s'il peut être accédé à cette demande. A cette occasion, elle applique les règles qui sont fixées par la présente loi*»²²⁴.

D'autre part, on rappelle l'article 3 *in limine* de la loi du 24 juin 1955 qui, comme mentionné précédemment, prévoit la publicité des documents déposés aux Archives de l'Etat et l'adoption future d'un arrêté ministériel relatif aux modalités de communication de tels documents; cette disposition se réfère explicitement aux documents déposés en application de l'article 1^{er}, alinéa 1^{er}, de la loi (documents de plus de 100 ans devant être déposés par les tribunaux, le Conseil d'Etat, les administrations de l'Etat et les provinces) et non aux

documents déposés en application des alinéas 2 et 3 (documents déposés par les communes, de manière facultative ou obligatoire). Se fondant sur l'absence d'adoption d'un règlement ministériel relatif aux modalités de communication, les Archives de l'Etat ont édicté une réglementation interne en 1990²²⁵. Celle-ci fixe les modalités d'accès aux archives et reconnaît un droit d'accès aux documents archivés après cinquante ou même trente ans, moyennant le respect de certaines conditions²²⁶. Même si elle a l'ambition de s'appliquer à *tout document* déposé aux Archives de l'Etat, quelle que soit l'entité dépositaire, cette réglementation interne ne peut valablement s'appliquer aux documents communaux, seule la loi du 12 novembre 1997 pouvant définir et/ou restreindre leur communication. La hiérarchie des normes commande d'ailleurs pareille solution.

Ensuite, l'article 6, alinéa 1^{er}, de la loi du 12 novembre 1997 établit que la demande d'accès à un document archivé doit toujours être adressée à l'autorité qui l'a déposé (et non à l'administrateur des archives), autorité «*qui décide de la suite à réserver à la demande de publicité*»²²⁷. Si c'est à l'autorité dépositaire qu'il appartient de statuer sur la demande d'accès, c'est précisément parce que, productrice de l'archive, elle est la mieux à même de connaître son contenu et d'apprécier les éventuels motifs de refus d'accès qui devraient être opposés, motifs *tirés de la loi du 12 novembre 1997*²²⁸.

Enfin, il serait trop facile à une autorité qui désire voir ses documents échapper à toute communication pendant un certain délai de les déposer systématiquement, comme le lui permet l'article 1^{er} de la loi du 24 juin 1955, aux Archives de l'Etat, où ils ne seront accessibles qu'après 100, 50 ou 30 ans, selon le cas²²⁹. Comment admettre, d'ailleurs, de faire dépendre l'accessibilité d'un document déterminé non pas de son contenu, mais du lieu *matériel* où il est conservé?

Pour conclure sur ce «*conflit de législation*», nous sommes conscients du caractère critiquable de la thèse choisie, les argumentations contraires pouvant notamment se baser sur des éléments de texte (voy. art. 12, al. 3). Mais elle nous paraît la plus adéquate, dans l'esprit d'une plus grande ouverture des autorités administratives communales et d'un accès plus étendu à leurs documents.

225. Cette réglementation interne n'a pas été publiée officiellement. Elle a été cautionnée par le Conseil des scientifiques des Archives de l'Etat, organe consultatif composé de dix membres spécialement compétents en la matière.

226. Sur cette question, voy. D. VAN OVERSTRAETEN, *o.c.*, pp. 30 à 32.

227. Commentaire des articles, *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. ord. 1996-1997, n° 871/1, p. 6.

228. Cependant, on imagine difficilement comment la commune qui a déposé le document aux Archives de l'Etat va pouvoir, en pratique, apprécier sa communicabilité et envisager de soulever un éventuel motif d'exception, n'ayant pas elle-même le document «*sous la main*»! Faudra-t-il assurer un retour préalable du document auprès de la commune productrice, afin qu'elle puisse se décider en connaissance de cause? *Quid* alors du respect des délais établis par la loi?

229. Réglementation interne des Archives générales de l'Etat adoptée en 1990, non publiée officiellement.

220. Commentaire des articles, *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. ord. 1996-1997, n° 871/1, pp. 11 et 12.

221. *Infra*.

222. Commentaire des articles, *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. ord. 1996-1997, n° 871/1, p. 11.

223. Moyennant une nuance apportée *infra*.

224. Commentaire des articles, *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. ord. 1996-1997, n° 871/1, p. 11.

Une nuance toutefois doit être apportée à la thèse développée. La loi du 11 avril 1994 prévoit expressément, à l'article 11, alinéa 3, que lorsqu'expire le délai prévu en matière de secret des archives, la publicité n'est plus alors soumise à aucune contrainte: les motifs d'exception de la loi relative à la publicité ne sont plus opposables au demandeur²³⁰. Même si la loi du 12 novembre 1997 ne contient pas cette prescription, il apparaît qu'un tel régime doit également s'appliquer en matière communale: que les documents soient archivés au sein de la commune ou déposés aux Archives de l'Etat, les exceptions de la loi du 12 novembre 1997 sont applicables aussi longtemps que la réglementation sur les archives ne prévoit pas une publicité plus grande; dès que cette réglementation lève le secret des archives, c'est elle qui devrait prévaloir.

Signalons enfin que les documents non compris dans la notion de document administratif telle que nous l'avons précisée avant leur dépôt aux archives ne verront pas leur nature se modifier par le simple fait de ce dépôt.

SECTION 3. LA VALEUR PROBANTE DES COPIES DE DOCUMENTS ADMINISTRATIFS TRANSMISES AUX ADMINISTRÉS ET LA RESPONSABILITÉ DES AUTORITÉS ADMINISTRATIVES DANS L'HYPOTHÈSE DE L'INEXACTITUDE DES MENTIONS OU D'UNE QUELCONQUE INFRACTION À LA LOI

Trois difficultés sont abordées ici.

§ 1^{re}. La valeur probante des copies transmises aux administrés

Le législateur n'a pas précisé, ni en 1994, ni en 1997, la valeur probante des copies de documents administratifs délivrées aux citoyens, bien que cette question ait été débattue au cours des travaux préparatoires de la loi du 11 avril 1994. Quelle est l'autorité des copies? Ont-elles un caractère *authentique*, au sens des articles 1317 et suivants du Code civil? Quelles conséquences cela impliquerait-il? Ce sont là des questions ouvertes qui seront quelque peu éclairées dans les lignes qui suivent.

Dans plusieurs hypothèses précises, des textes légaux ou la jurisprudence nous donnent des indications quant à la valeur probante de certains documents²³¹; mais qu'en est-il des autres?

230. Il aurait convenu cependant d'en maintenir deux: les demandes manifestement abusives et les demandes formulées de façon trop vague. Dans ces deux cas, il serait nécessaire de permettre à l'autorité de refuser l'accès aux documents, sous peine de s'astreindre à de longues et pénibles recherches. Tel n'a toutefois pas été l'avis du ministre de l'Intérieur et de la Fonction publique lors de l'adoption de la loi du 11 avril 1994; le ministre a en effet rappelé que la loi sur les archives fixe elle-même le moment où les archives relèvent du domaine public, moment à partir duquel plus aucune exception au droit d'accès n'est admissible (*Doc. parl.*, Ch. repr., sess. ord. 1992-1993, n° 1112/13, pp. 72-73).

231. Les travaux préparatoires de la loi du 11 avril 1994 citent quelques exemples: un livret de mariage non établi sous forme d'extrait d'acte et un extrait des registres de la population ne font pas preuve légale; en matière judiciaire, la jurisprudence constante de la Cour de cassation →

L'article 1317 du Code civil définit l'acte authentique comme celui qui a été reçu par des officiers publics ayant le droit d'instrumenter dans le lieu où l'acte a été rédigé et avec les solennités requises. Pour qu'un document soit qualifié d'authentique en ce sens, diverses conditions doivent être réunies: l'intervention d'un officier public, sa compétence *ratione materiae* et *ratione loci*, sa signature sur l'acte et le respect des formes légales définies. Lorsque le document est qualifié d'authentique, les mentions qu'il contient et qui ont été constatées par l'officier public en personne ne peuvent être contestées que par la lourde procédure d'inscription de faux²³².

Au vu de ces conditions, et hors l'hypothèse de l'officier de l'état civil – véritable officier public au sens de la loi – et des actes d'état civil qu'il dresse, on ne peut considérer que les documents administratifs communiqués sur base de la loi du 12 novembre 1997 bénéficient de la même valeur probante qu'un acte authentique.

Ceci se conçoit d'autant mieux lorsqu'on rappelle les modalités simplistes et sans formalisme dans lesquelles les copies des documents administratifs sont transmises aux administrés.

De telles copies ne présentent donc, au niveau de la preuve, aucun poids particulier, se limitant à la transmission d'une information déterminée, sans garantie de la véracité de son contenu.

§ 2. La responsabilité des autorités administratives et de leurs agents

L'autorité communale qui communique un document (que ce soit dans le cadre de la publicité active ou passive) est-elle tenue des dommages causés par l'inexactitude de celui-ci²³³? On peut imaginer qu'un citoyen, suite aux informations reçues, entreprenne par exemple des travaux dans sa maison; que se passera-t-il si les renseignements reçus sont erronés? Qui indemniserait le préjudice occasionné par les dépenses engagées?

En l'absence de précisions légales, on aurait pu considérer que «l'autorité administrative n'engage pas sa responsabilité quant à l'exactitude des informations contenues dans le document du seul fait d'en délivrer copie ou même

→

considère qu'un extrait de casier judiciaire n'a pas non plus un caractère authentique et ne peut faire la preuve des condamnations qu'il mentionne (*Doc. parl.*, Ch. repr., sess. ord. 1992-1993, n° 1112/13, p. 10).

Par contre, l'article 3, alinéa 2, de la loi du 24 juin 1955 relative aux archives stipule que les extraits et expéditions de documents archivés délivrés par les conservateurs des archives, signés par eux et munis du sceau du dépôt font foi en justice. Ceci n'interdit pas que des copies libres soient également transmises, sans formalisme, mais n'ayant alors évidemment pas la même valeur.

232. Art. 895 à 906 C. jud., 194 à 197 C. pén. et 448 à 464 C. I. cr.

233. Il ne faudrait pas tirer argument de l'exception stipulée à l'article 7, 1° (relatif aux documents susceptibles d'être sources de méprise), pour conclure que l'autorité qui délivre le document est responsable *ipso facto* de l'exactitude de son contenu (*Doc. parl.*, Ch. repr., sess. ord. 1992-1993, n° 1112/13, p. 10).

a'en certifier la conformité avec l'original»²³⁴. Cette solution serait cependant injuste pour le citoyen et n'encouragerait pas les autorités à examiner avec attention la teneur des documents qu'elles transmettent. Selon le ministre de l'Intérieur et de la Fonction publique, l'autorité administrative dont l'agent a transmis des informations erronées est responsable des dommages que peut subir le citoyen concerné; quant à l'agent lui-même, «il pourrait, selon la nature de la faute commise, faire l'objet d'une procédure disciplinaire et, en cas d'intention malveillante, d'une procédure pénale»²³⁵.

§ 3. Les sanctions éventuelles à charge de l'autorité ou de l'agent qui n'applique pas ou pas correctement la loi du 12 novembre 1997

La loi du 12 novembre 1997 est muette à ce sujet, contrairement à d'autres normes portant sur des matières connexes²³⁶. Répondant à des amendements visant à introduire des dispositions pénales sanctionnant les infractions à la loi du 11 avril 1994, le ministre de l'Intérieur et de la Fonction publique a considéré que «pareilles dispositions seraient contraires à l'esprit de la loi (...) et qu'elles dissuaderaient plutôt qu'elles n'inciteraient les fonctionnaires à appliquer cette loi»²³⁷. Les législations étrangères²³⁸ n'ont pas non plus introduit de sanctions spécifiques, sans que cette omission semble engendrer de problèmes substantiels²³⁹. Il est en outre certain que la violation d'une disposition de la loi du 12 novembre 1997 est susceptible de constituer une infraction à une autre norme qui, elle, contiendrait des sanctions²⁴⁰: dans ce cas, ces dernières seront appliquées.

Dans la mesure où l'exercice de la tutelle administrative sur les autorités communales relève de la compétence des Régions, le suivi de l'application correcte des dispositions de la loi du 12 novembre 1997 doit être assuré par les autorités régionales (tutelle coercitive).

Conclusion

Quel est l'impact réel des diverses normes relatives à la publicité de l'administration?

234. *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. ord. 1992-1993, n° 1112/3, p. 5. Eventuellement, le demandeur pourrait solliciter une certification de conformité, mais cette dernière ne pourrait porter que sur la conformité matérielle de la reproduction.

235. *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. ord. 1992-1993, n° 1112/13, p. 51.

236. Par exemple, dans le cadre de l'application de la loi du 8 décembre 1992 relative à la protection de la vie privée à l'égard des traitements de données à caractère personnel, un chapitre particulier est consacré aux dispositions pénales (chapitre VIII). Il y est stipulé que le maître du fichier ainsi que ses préposés et mandataires sont pénalement responsables de certaines infractions à la loi.

237. *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. ord. 1992-1993, n° 1112/13, p. 67.

238. Que ce soit en France, aux Etats-Unis, au Québec, aux Pays-Bas, ...

239. *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. ord. 1992-1993, n° 1112/13, p. 36.

240. Cf. *supra*, loi du 8 décembre 1992.

Envisageons tout d'abord l'accès aux documents administratifs (publicité passive). Il est encore difficile, à l'heure actuelle, d'établir un constat objectif et complet sur l'utilisation qui est faite par les citoyens de ce droit «nouveau» d'obtenir la communication de tout document administratif qui l'intéresse²⁴¹. Un rapport annuel pour les années 1994-1995 et un second pour l'année 1996 ont été élaborés et publiés par la CADA dans sa mission auprès des autorités fédérales²⁴²; très riches en informations diverses, ces rapports permettent de distinguer le type de demandes d'avis introduites à la CADA (qualité des requérants, matières suscitant leur intérêt, ...). Pour le surplus, il convient de se tourner vers chaque autorité administrative.

Il y a fort à parier que c'est au niveau local, et tout particulièrement au niveau des communes, que ce droit d'accès va recevoir son plein épanouissement. Le citoyen se sent davantage concerné par ce qui le touche de près, et au quotidien. Il convient de s'interroger toutefois: existe-t-il véritablement une demande de la part des citoyens de recevoir de telles informations? Ou, au contraire, la nouvelle législation répond-elle à des exigences de principe (renforcement de la démocratie, accroissement de la légitimité des autorités publiques, garantie supplémentaire contre l'arbitraire du pouvoir, possibilité d'une participation plus active – car mieux informée – du citoyen dans le processus décisionnel, ...) assez éloignées des besoins réels de la population?

Au niveau de la publicité active, le citoyen a clairement tout à y gagner. De nombreuses communes l'avaient déjà bien compris, dans leur politique de transparence et de communication. L'adoption de la loi ne fait que renforcer et préciser une préoccupation déjà présente au sein de ces entités.

D'un point de vue pratique maintenant, une difficulté majeure doit être soulignée: il est évident que les administrations consacrent, et vont consacrer à l'avenir, beaucoup de temps à la mise en œuvre de cette législation qu'on peut qualifier de révolutionnaire. Comment peuvent-elles s'organiser? Tout dépend, comme on l'a mentionné, de l'exercice effectif que font les citoyens de leur droit d'accès; à l'heure qu'il est, malheureusement, peu d'administrés connaissent la possibilité qui leur est offerte par la Constitution et les diverses normes²⁴³. Mais il est clair qu'avec le temps et la propagation de l'informa-

241. Avec les réserves et limites examinées *supra*.

242. *O.c.*

243. Du 1^{er} juillet 1994 – date de l'entrée en vigueur de la loi du 11 avril 1994 – au 31 janvier 1996, l'administration du ministère de l'Intérieur, par exemple, n'a reçu que 2013 demandes écrites sur la base de la loi. C'est peu, si l'on considère le champ d'application très large du texte et la définition extensive des bénéficiaires du droit d'accès (sources: question n° 200 du 5 février 1996 de Monsieur I. VAN BELLE à Monsieur le ministre de l'Intérieur et réponse y apportée, *J.D.J.*, n° 157, septembre 1996, pp. 323-324).

Une évolution parallèle est remarquée en France, où «les administrés n'utilisent pas toutes les potentialités des nouveaux textes et font un usage très restrictif des droits qui leur sont conférés, faute notamment d'en être suffisamment informés. (...) Le droit d'accès aux documents administratifs est pratiqué en France de manière essentiellement individualiste, et non comme un moyen de contrôle de l'administration et d'information civique, ou encore par quelques habitués des prétoires dans leur guérilla contre l'administration» (B. DELAUNAY, «L'amélioration des rapports entre l'administration et les administrés – Les réformes entreprises en France depuis 1945», *A.P.T.*, 1996/1, p. 26).

tion, les administrations locales principalement risquent d'être débordées, ce qui peut causer un effet «boule de neige» en retardant également le traitement de leurs activités ordinaires. Au niveau fédéral, on a pu constater que les autorités administratives étaient plus ou moins touchées par l'adoption de cette nouvelle législation en fonction principalement des compétences exercées: certaines autorités sont rapidement submergées par l'ampleur des demandes présentées devant elles, d'autres ne gèrent qu'exceptionnellement de tels dossiers. Qu'en sera-t-il au niveau local?

Dans l'immédiat, le Gouvernement n'a pas l'intention d'augmenter les moyens disponibles pour les autorités administratives, quelles qu'elles soient. Elles doivent donc faire plus, avec un budget égal. Il ne faut pas être devin pour prédire qu'*in fine*, ce seront les activités ordinaires des administrations communales ainsi que la qualité du travail accompli qui vont en pâtir.

En conclusion, si les objectifs sous-jacents à la loi du 12 novembre 1997 sont louables, on déplore toutefois que le législateur n'ait pas davantage pris en considération les problèmes pratiques liés à son adoption, n'ait pas songé à sa mise en œuvre sur le terrain et dans le quotidien des autorités communales.